L'Aff@iré

Journal de l'Institut de Droit des Affaires

2011/3

Juill.-Sept. 2011

Editorial

La clause de qui-perd-gagne

Jean-Christophe RODA

Dans ce numéro...

Faut-il chercher à démasquer la société?

Guillaume GRUNDELER

Le monopole d'exploitation d'une manifestation sportive est loin d'être absolu

Pierre-Dominique CERVETTI

Des biens, des hommes et des sociétés

Bastien BRIGNON

De la disparition de la garantie de cours

Henri-Louis DELSOL

Regard de « sages » sur la notion de déséquilibre significatif

Cédric DUBUCQ

Les nano-biens

Nicolas BRONZO

En finance, le problème c'est le droit!

Romain CASTELLI

Institut de Droit des Affaires - Université Aix-Marseille

Rédacteurs en chef

Pierre-Dominique CERVETTI

Julien GASBAOUI

Blog internet

Nicolas BRONZO

Bureau de l'AIDA

PRESIDENT
Frédéric BUY

VICE-PRESIDENT
Hugo BARBIER

SECRETAIRE-GENERALE
Isabelle ARNAUD-GROSSI

TRESORIÈRE
Aurore BENEZET

Contacts

redaction.affaire@yahoo.fr

http://cde-aix.fr/blog/

Note à l'attention des auteurs

A tous nos lecteurs, anciens membres de l'Institut de droit des affaires, l'appel est lancé! Si vous souhaitez vous joindre à la rédaction de nos chroniques, en proposant à travers une note, un article ou un billet d'humeur, de nous faire partager votre expérience, vos contributions sont les bienvenues.
Les manuscrits envoyés pour publication au Journal de l'Institut de Droit des Affaires doivent être expédiés par mail en fichier attaché à la Rédaction (redaction.affaire@yahoo.fr).
Les manuscrits acceptés pour publication le sont sans exclusivité, dans la limite de vos engagements contractuels souscrits avec d'autres éditeurs.

sommaire

éditorial

3 Par Jean-Christophe RODA

chronique

4 **De la disparition de la garantie de cours**
Par Henri-Louis DELSOL

6 **Protection du droit d'auteur par le parfum: la résistance s'organise...**
Par Pierre-Dominique CERVETTI

8 **« En finance le problème, c'est le droit! »**
Par Romain CASTELLI

11 **La taxe sur les boissons sucrées: une réforme juteuse**
Par Loïc ALIBAY

12 **Fair-play financier et « naming » des nouvelles enceintes sportives**
Par Yannick ALIBAY

14 **Regard de « sages » sur la notion de déséquilibre significatif**
Par Cédric DUBUCQ

16 **L'avocat qui assiste ne représente pas...**
Par Pierre-Dominique CERVETTI

un regard rétrospectif

18 **Faut-il chercher à démasquer la société?**
Par Guillaume GRUNDELER

actualités

24 **Les brèves en droit des affaires (sept.-mars 2011)**
Par Julia HEINICH

29 **Les rencontres économiques : compte rendu**
Par Guillaume GRUNDELER

"Les nouveaux biens" focus sur...

30 Par Bastien BRIGNON, Nicolas BRONZO et Pierre-Dominique CERVETTI

voir ou revoir

45 **Voir ou revoir... les films projetés salle Armand Lunel**
Par Guillaume GRUNDELER

revue des publications

46 **Les dernières publications des membres du CDE**
Par La Rédaction

Jean-Christophe RODA
Maître de conférences
Aix-Marseille Université
Centre de droit économique
Promotion 2000

La clause de qui-perd-gagne!

La clause de « *reverse breakup fee* » : voici une clause qui figurera sans aucun doute dans la prochaine édition de l'ouvrage collectif rédigé par les membres du Centre de Droit Economique et portant sur les « Principales clauses des contrats d'affaires » (dir. J. Mestre et J.-C. Roda, éd. Lextenso 2011) !

Comme son nom le suggère, la clause est issue de la pratique des affaires anglo-américaine. Elle est fréquemment utilisée, en particulier, dans le domaine des fusion-acquisition. Pourtant, à première vue, il n'y a rien de bien novateur avec cette stipulation : il s'agit d'une clause d'indemnité, insérée dans le contrat de fusion ou dans un avant contrat préparatoire aux termes de laquelle l'acquéreur s'engage à verser une somme d'argent à la société cible, si l'opération échoue (R. Barusch, *Reverse Termination Fees and Social Issues*, Wall Street Journal, 30 nov. 2010). La technique n'est pas inconnue des juristes d'affaire français. La clause de « *reverse breakup fee* » est finalement une variante de la stipulation qui prévoit une indemnité d'immobilisation dans le cadre des cessions d'actions, où la probabilité de la survenance d'un événement empêchant l'opération de se réaliser est élevée. Originellement, l'objectif des « *reverse breakup fees* » est donc de répartir les risques liés à l'opération (A. Afsharipour, *Transforming the Allocation of Deal Risk through Reverse Termination Fees*, Vand. L. Rev., 2010, n° 63, p. 1161 et s.)

L'actualité récente éclaire toutefois sous un jour nouveau la clause de « *reverse breakup fee* ». Plusieurs affaires très médiatisées aux États-Unis ont permis de révéler comment cette stipulation pouvait, en réalité, servir à inciter l'acquéreur à tout faire pour que l'opération projetée réussisse. Dans l'affaire *AT&T/T-Mobile*, dans laquelle le géant de la téléphonie américain a proposé de racheter la filiale allemande de Deutsche Telekom pour 39 milliards de dollars, une clause prévoyant une indemnité de 3 milliards de dollars a été négociée ! Cette dernière doit être versée à Deutsche Telekom par AT&T si les autorités de marché américaine décident de bloquer la fusion. Or, le 31 août dernier, le *Department of Justice* a annoncé vouloir empêcher la réalisation de l'opération et a saisi le Tribunal fédéral du District de Columbia à cet effet (*United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile USA and Deutsche Telekom*, Case: 1: 11-cv-01560, 31 août 2011). Dans l'affaire *Google/Motorola*, Google s'est engagé à verser une somme de 2,5 milliards de dollars si l'acquisition de Motorola, estimée à 12 milliards, devait être empêchée par les autorités fédérales (M. de la Merced, *What's Behind the Hefty Motorola Breakup Fee*, The New York Times, 16 août 2011).

Dans les deux cas, la clause de « *reverse breakup fee* » joue comme une épée de *Damoclès*, suspendue au-dessus de la tête de l'acquéreur. A l'inverse, pour la société cible, il s'agit là d'une véritable clause de « qui-perd-gagne ». Si la concentration est bloquée, la société recevra une indemnité plus que confortable. En effet, pour de telles opérations, les indemnités prévues avoisinent, en général, 3 % du total de la transaction. Or, dans les deux affaires évoquées, elles se situent aux environs de 8 et 20% de la transaction. De plus, dans chaque espèce, il a été stipulé que le versement des sommes se ferait, pour l'essentiel, en liquide ! La fonction de compensation financière au profit de la cible, indemnisée pour avoir perdu du temps et pris des risques, est secondaire. La clause apparaît davantage comme un moyen pour l'acquéreur de rassurer l'entreprise cible et ses actionnaires sur sa motivation et son envie de voir l'opération aboutir. Ainsi, dans l'affaire *AT&T/T-Mobile*, la présence de la clause a incité AT&T à se lancer dans une féroce bataille judiciaire contre le gouvernement, afin de démontrer au Tribunal fédéral le bien-fondé et l'absence de nocivité de la fusion pour le marché. La clause de « *reversal breakup fee* » se mue alors en une sorte de clause de « *best efforts* » (D. Tucker et K. Yingling, *Keeping the Engagement Ring: Apportioning Antitrust Risk with Reverse Breakup Fees*; Antitrust – Summer 2008, p. 70 et s.).

Dans tous les cas, Deutsche Telekom s'en tirera à bon compte grâce à la stipulation. On voit mal comment la clause pourrait, en outre, être contestée par l'acquéreur, puisqu'elle a été insérée à son initiative, afin de convaincre l'opérateur allemand de contracter avec lui, plutôt qu'un autre concurrent. En outre, la perspective de payer une forte indemnité peut difficilement s'analyser en une contrainte, à moins d'ouvrir la voie à une certaine insécurité (en ce sens, v. B. Fages, *RTD civ.* 2011, p. 346).

Si les montants en jeu ont pu choquer, surtout en période de crise financière, on peut tenter de prendre le contrepied en avançant que l'indemnité stipulée permet, au moins, de faire ressurgir quelques belles valeurs : les praticiens n'ont-ils pas trouvés là un intéressant moyen de garantir la fidélité de l'acquéreur à se promesse initiale de réunion ? Étrange clause néanmoins que celle-ci, qui conduit l'une des parties à se lancer dans une (sans doute future) éprouvante bataille judiciaire, où elle risque de perdre bien plus que de l'argent, sous le regard peu inquiet et indécis de son partenaire.
Décidemment, la pratique des affaires est une intarissable source d'idées et d'étonnement... •••

Me Henri-Louis DELSOL
Cabinet DELSOL
Avocats présents à Paris, Lyon et Marseille
hldelsol@delsolavocats.com
Promotion 2003

De la disparition de la garantie de cours*

* Reproduction avec l'autorisation des Éditions Joly d'un extrait d'un article publié par Henri-Louis DELSOL au Bulletin Joly Bourse (*Vie et mort de la garantie des cours*, Juin 2011).

La loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 a notamment eu pour objet de réformer les offres publiques afin d'assurer « *une meilleure protection des actionnaires minoritaires* »[1].

Dans ce cadre, la loi a supprimé la procédure de garantie de cours, qui obligeait toute personne acquérant ou convenant d'acquérir un bloc de titres lui conférant une majorité en capital ou en droits de vote d'une société cotée sur Euronext ou Alternext à offrir de se porter acquéreur de tous les titres des actionnaires minoritaires de la société, et ce au prix de cession du bloc majoritaire[2]. Ce sont désormais les règles de l'offre publique obligatoire qui s'appliqueront en pareilles circonstances.

Le dispositif de garantie de cours visait à protéger les actionnaires minoritaires en leur offrant deux garanties : la possibilité d'obtenir un prix équivalent à celui obtenu par le cédant du bloc majoritaire et une possibilité de sortie en cas de changement de contrôle – et donc éventuellement de stratégie – de la société cotée.

Deux causes sont officiellement avancées pour justifier la suppression de la garantie de cours : l'utilisation de moins en moins fréquente de cette procédure[3] et le fait que la procédure de garantie de cours était finalement très proche de l'offre publique obligatoire, à tel point que les différents rapports parlementaires pointent son inutilité[4].

Ainsi, après plus de quarante ans d'existence, la procédure de garantie de cours est finalement abandonnée. Cette suppression laisse pourtant sceptique, tant au regard des causes invoquées que des effets qu'elle engendre.

Des motifs de suppression contestables

La suppression de la garantie de cours ne s'imposait pas réellement. Il s'agit d'une décision d'opportunité, qui à ce titre peut et doit être discutée, la faible application d'un mécanisme juridique n'étant pas, en elle-même, une cause de suppression[5].

L'idée selon laquelle la garantie de cours était surabondante doit également être écartée car, dans deux cas, la procédure de garantie de cours trouvait application : ainsi, (i) dans l'hypothèse où la cession d'un bloc émanait d'un ou de plusieurs actionnaires majoritaires et (ii) dans l'hypothèse où un actionnaire acquérait un bloc de titre inférieur à 2% du capital ou des droits, mais qui, ajouté à ses titres, lui conférait une position majoritaire[6].

Certes, la première hypothèse susvisée est toujours couverte par l'offre publique obligatoire car l'acquisition d'un bloc majoritaire fait franchir le seuil de 30%[7], mais il n'en reste pas moins que la garantie de cours présentait des qualités qui poussent à regretter sa suppression: simplicité, rapidité, égalité entre les actionnaires et surtout absence d'aléa sur le prix à verser aux actionnaires minoritaires.

(1) Rapp. M.J. Chartier : doc. AN n° 2550, 25 mai 2010, art. 8, 9 et 10. (2) C. mon. fin., art.. L. 433-3 anc. La procédure de garantie de cours poussait loin l'égalité entre le majoritaire et le minoritaire : en cas de paiement d'un complément de prix portant sur le bloc majoritaire, les minoritaires devaient aussi en bénéficier. Avis SBF n° 96-2283, 8 juillet 1996, Sfic ; Décis. CMF n° 202C1408, 24 octobre 2002, Cereol. Il était donc recommandé aux intermédiaires financiers de conserver les noms de leurs clients qui cédaient leurs titres à l'initiateur afin de pouvoir leur verser leur part de l'éventuel complément de prix. Cette contrainte limitait les clauses d'*earn-out* dans les contrats de cession de blocs majoritaires. Toutefois, certains n'hésitaient pas à y recourir, allant même jusqu'à s'engager auprès des actionnaires minoritaires – afin des les inciter à apporter leurs titres - à leur verser un complément de prix dans l'hypothèse où la garantie de cours conférerait à son initiateur la détention d'un certain seuil du capital ou des droits de vote. Décis. AMF n° 206C2031, 8 novembre 2006, Pages Jaunes Groupe. Ce principe d'égalité du prix subissait néanmoins des exceptions, notamment si la cession était assortie d'une clause de garantie visant un risque identifié ou s'il était prévu un règlement différé. L'autorité de régulation pouvait alors accorder un cours garanti inférieur au prix de cession du bloc majoritaire. (3) En additionnant les procédures de garantie de cours initiées sur le marché réglementé et sur Alternext, trois utilisations sont à dénombrer en 2009, quatre en 2008, neuf en 2007, six en 2006 et neuf en 2005 (Rapp. M. Marini : doc. Sénat n° 703, 14 sept. 2010, p. 315). A titre de comparaison, pour la période 1987-1992, deux cent cinquante opérations sont dénombrées par le rapport Lepetit de 1996 (Rapp. Groupe de travail COB sous la direction de J.-F. Lepetit, *Protection des actionnaires minoritaires dans les opérations de fusion et de garantie de cours*, 1er septembre 1996. p. 39). (4) Rapports préc., supra n° 1 et 3. (5) D. Bompoint et A. Pietrancosta (colloque *actualités du droit des marchés financiers*) relèvent que l'offre limitée à 10% du capital dans les offres publiques simplifiées, prévue à l'article 233-1 3° du règlement général de l'AMF, est maintenue depuis 1989 alors qu'elle n'a pas été utilisée une seule fois en 20 ans. D. Bompoint et A. Pietrancosta, « Le projet de loi de régulation bancaire et financière : dernière réforme des offres publiques (en date…) », RTDF n° 2, 2010, p.18. (6) H. Le Nabasque, « Commentaire des principales dispositions de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 intéressant le droit des sociétés et le droit financier », Rev. Sociétés, 2010, p.547. (7) Alors que la deuxième hypothèse, celle d'un actionnaire passant de 49% à 50,5% du capital ou des droits de vote, ne donnera pas lieu à offre publique.

Du motif inavoué de la loi de 2010 supprimant la garantie de cours et de ses effets négatifs

La détermination du prix est en réalité le point central de la discussion. Dans le cadre des offres publiques obligatoires, l'AMF a un pouvoir de contrôle sur le prix qu'elle n'avait pas dans la procédure de garantie de cours.

Messieurs Pietrancosta et Bompoint relèvent finalement que la garantie de cours fut la victime de sa liberté due à l'absence de contrôle de l'AMF sur le prix[8]. Or, en substituant à la garantie de cours l'offre publique, on introduit une dose d'aléa sur le prix dans ces procédures[9].

La garantie de cours présentait des qualités qui poussent à regretter sa suppression : simplicité, rapidité, égalité entre les actionnaires et surtout absence d'aléa sur le prix à verser aux actionnaires minoritaires

Les mêmes auteurs soulignent pertinemment l'éventuel effet contre-productif d'une telle mesure. En introduisant une dose d'aléa dans ce type d'opérations, l'acquéreur d'un bloc de contrôle souhaitera garder une marge de manœuvre financière au cas où l'offre aux minoritaires coûterait plus cher (que le bloc) ; ceci pouvant l'inciter à offrir un prix de cession du bloc majoritaire moins élevé, « *ce qui risquerait d'aboutir, compte-tenu de la prééminence dont jouit malgré tout ce paramètre lié au prix du bloc dans l'appréciation du prix équitable, à des prix moins élevés pour les actionnaires minoritaires* »[10].

Par ailleurs, avant la loi du 22 octobre 2010, seule la garantie de cours était applicable sur Alternext. Une interprétation stricte des textes applicables[11] était susceptible de conduire à ce qu'aucune offre d'achat aux actionnaires minoritaires ne soit requise dans les hypothèses où le changement de contrôle ne résultait pas de l'acquisition d'un bloc conférant directement la majorité du capital ou des droits de vote[12]. Cependant, l'AMF avait adopté une approche extensive des cas d'ouverture de la garantie de cours qui écartait les risques d'abus[13].

Plutôt que de légaliser celle-ci, la loi de 2010, en supprimant la garantie de cours du marché réglementé et d'Alternext, a préféré étendre l'offre publique obligatoire à ce dernier marché, le seuil déclencheur y étant fixé à 50%. Cette extension est d'autant plus regrettable qu'Alternext se caractérise par sa simplicité et son autonomie. L'application sur ce marché d'une procédure complexe (de par, notamment, l'existence des cas de dérogation et d'exceptions) ne contribuera pas à permettre à Alternext de combler son retard vis-à-vis de son concurrent d'outre-Manche, l'Alternative Investment Market.

La garantie de cours et l'offre publique obligatoire ont néanmoins en commun de reposer sur le postulat que le marché seul n'est pas apte à fixer un prix équilibré et juste[14].

Les deux effets négatifs principaux de la suppression de la garantie de cours s'avèrent ainsi être l'incertitude de la détermination du prix dans le cadre de l'offre publique suivant la cession d'un bloc de contrôle et l'extension de la procédure d'offre publique à Alternext.

En persistant avec de telles mesures, allergiques aux lois du marché et de surcroit contre-productives, la baisse du nombre d'introductions en bourse et le développement des plateformes alternatives d'échange d'actions ne doivent pas surprendre. •••

(8) V. D. Bompoint et A. Pietrancosta, préc. (9) *Ibid* (« *on aura ainsi basculé d'un système ayant pour objectif de faire bénéficier les actionnaires minoritaires de la prime de contrôle obtenue par l'actionnaire majoritaire, vers une procédure administrative qui s'est dotée de l'ambition d'imposer un prix intrinsèquement et absolument équitable dans les opérations de marché* »). (10) *Ibid.* (11) C. mon. fin., art.. L. 433-3 anc., Règl. gén. AMF, art. 235-4 et Règles Alternext art. 3.1 anc. (12) Ces hypothèses étaient multiples : changement de contrôle indirect par rachat de holding, augmentation de capital réservée, exercice ou conversion de valeurs mobilières composées donnant accès au capital, obtention par un actionnaire existant d'un droit de vote double, etc. (13) V. notamment en ce sens : Décis. AMF n° 207C2394, 31 octobre 2007 (la société Groupe Serma avait acquis par cession ou apport, en juin 2007, 100% du capital de SPL Conseil et Investissement - elle-même détentrice de 43,23% du capital et 55,72% des droits de vote de la société Serma Technologies, cotée sur Alternext - ainsi que 6,73% du capital de Serma Technologies) ; Décis. AMF n° 208C2308, 22 décembre 2008 (l'acquisition en deux temps du contrôle de la société Neotion, cotée sur Alternext, consistant en une acquisition d'un bloc représentant 40,16% du capital suivie d'une augmentation de capital réservée à l'acquéreur du bloc de contrôle conduisant ce dernier à détenir 56,56% du capital de l'émetteur avait entraîné l'application d'une garantie de cours). (14) Le législateur refuse que le vendeur d'un bloc majoritaire puisse bénéficier d'une quelconque prime de contrôle, alors même que cette prime est systématique dans les sociétés non cotées dans lesquelles les actionnaires minoritaires ne bénéficient que de peu de liquidité. À titre d'exemple, le droit suisse est sur ce point plus équilibré. En effet, le prix à offrir dans une offre publique obligatoire doit, dans l'hypothèse où le titre visé est suffisamment liquide, être au moins égal au cours de bourse moyen des 60 derniers jours (Ord. FINMA sur les bourses, 2 décembre 1996, art. 40.) sans toutefois être inférieur de plus de 25% au prix le plus élevé payé par l'offrant pour des titres de la société visée dans les douze derniers mois (L. fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, 24 mars 1995, art. 32.4.). Ce système permet donc le paiement d'une prime de majorité, tout en garantissant aux minoritaires un prix équitable.

Si la création d'un parfum nécessite à l'évidence un savoir-faire, elle ne se limite pas à une opération purement technique. Elle exige en effet, une recherche dans la succession et les interactions des odeurs, une conjugaison des éléments volatiles et persistants et une combinaison des diverses essences dans des proportions permettant de dégager une forme olfactive caractéristique qui traduit la personnalité, la sensibilité et l'imagination de son auteur et constitue à condition d'être originale, une création artistique susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur, peu importe que cette création fasse ensuite l'objet d'une reproduction industrielle. •••

Protection du parfum par le droit d'auteur : il y a comme une odeur de résistance dans l'air...

CA Aix-en-Provence, 8e ch. B, 10 déc. 2010, 2010/475, *SNC Lancôme c/ SA Argeville*

1. Une banale question de contrefaçon. L'affaire soumise à la Cour d'Aix-en-Provence aurait pu ressembler à une banale saisie-contrefaçon d'objets illégalement reproduits. Un test de similarité entre l'original et la contrefaçon, pratiqué auprès de 200 personnes, a d'ailleurs conclu, pour 44%, au caractère proche, pour 24%, au caractère très proche et, pour 4%, à l'identité parfaite des produits. Fort de ce risque de confusion dans l'esprit du public, le juge n'aurait eu qu'à prononcer une condamnation pour contrefaçon de l'objet reproduit. Pourtant, la nature même de l'objet lui complique sérieusement la tâche. En effet, ce ne sont pas moins de 34.704 emballages contenant des flacons de parfum qui ont été saisis. Or, l'action en contrefaçon n'étant ouverte qu'à la condition que l'objet soit couvert par un droit de propriété intellectuelle, le parfumeur ne peut en principe y recourir.

Pierre-Dominique CERVETTI
Rédacteur en chef
ATER
Université Paul Cézanne
cervetti.pierredominique@yahoo.fr
Promotion 2007

2. Le refus d'une protection par le droit d'auteur. La position de la Cour de cassation est claire sur point : « *la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des [articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle] la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur* » (Cass. 1re civ., 13 juin 2006, n°02-44.718 : *Bull. civ.* I, n°307 ; *D.* 2006, p. 2470, note B. Edelman ; *RTD com.* 2006, p. 587, obs. F. Pollaud-Dulian). Elle a en outre été à plusieurs reprises confirmée par la Haute juridiction (Cass. com., 1er juill. 2008, n°07-13.952 ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 100, obs. Ch. Caron ; dans notre affaire, Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n°08-11.404 : *inédit*). Bien qu'ils suscitent de nombreuses interprétations (J.-M. Bruguière, « La Cour de cassation et la protection des fragrances par le droit d'auteur » : *Dr. et patr.* févr. 2007, n°156, p. 42. L'auteur soutient que la formule de la Cour de cassation peut être interprétée comme signifiant simplement que la fragrance d'un parfum, dans la mesure où elle procède d'un savoir-faire, ne peut être protégée par le droit d'auteur. Autrement dit, s'il ressort de l'activité créative, l'expression de la personnalité de son auteur, la fragrance est susceptible de protection) et de vifs commentaires de la part de certains auteurs (M. Vivant, « Parfum : l'heureuse résistance des juges du fond » : *D.* 2007, p. 954. Selon cet auteur, comment pourrait-on ne pas être convaincu par des décisions qui, très simplement, « *disent le droit, sans le martyriser* » ?), ces différents arrêts semblent fermer définitivement la porte d'une protection par le droit d'auteur.

3. La résistance des juges du fond. En revanche, dans les prétoires, la résistance des juges du fond s'organise. Au cœur de la querelle se trouve l'article L. 112-2 CPI qui, dressant une liste – non exhaustive – d'œuvres protégées par le droit d'auteur, ne vise aucune création faisant appel au goût ou à l'odorat. Précisément, à l'inverse, les sens mécaniques sont privilégiés. N'en déplaise à la Cour de cassation, sa lecture de la loi ne semble pas s'imposer aux juges du fond. Ainsi, pour le Tribunal de grande instance de Bobigny, « *l'élaboration d'un parfum ne saurait être cantonnée à une opération inventive à caractère purement technique et à un savoir-faire non protégeable, alors qu'un parfum est l'aboutissement d'un travail de recherche artistique, accompli par les spécialistes dits « nez », qui consiste en la mise en présence de différentes substances, selon un dosage savamment étudié, pour donner naissance à une substance olfactive déterminée, identifiable et discernable par le consommateur, peu important qu'elle ne puisse être décrite de manière objective par tous, qu'elle ait un caractère volatile, qu'elle appartienne à une même famille olfactive qu'une autre fragrance* » (TGI Bobigny, 28 nov. 2006 : *Propr. intell.* 2007, n°23, p. 202, obs. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.* 2007, n°2, comm. 22, obs. Ch. Caron ; V. également, A.-S. Laborde, « Droit d'auteur : la fragrance revient en odeur de sainteté » : *RLDI* 2007/25, n°833, p 59). La résistance s'organise et, plus encore, elle se généralise.

La Cour d'appel de Paris (CA Paris, 4e ch. A, 14 févr. 2007 : Juris-Data n°2007-334523 ; *D.* 2007, p. 735,

obs. J. Daleau ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 81, obs. Ch. Caron), à son tour, rappelant que la liste énumérée à l'article L. 112-2 CPI n'est qu'un inventaire à la Prévert, opte pour une protection par le droit d'auteur. Selon les magistrats parisiens, il ressort de l'article L. 112-1 CPI qui dispose que sont protégés « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* », que « *la fixation de l'œuvre ne constitue pas un critère exigé pour accéder à la protection dès lors que sa forme est perceptible* ». En conséquence, « *une fragrance, dont la composition olfactive est déterminable, remplit cette condition, peu important qu'elle soit différemment perçue, à l'instar des œuvres littéraires, picturales ou musicales qui, elles aussi, requièrent un savoir-faire* ». Arrivant à ce constat, la Cour conclut « *que l'existence de famille de parfums n'exclut pas que les fragrances qui s'y rattachent, par l'emprunt de leurs composants dominants, soient protégeables, dès lors qu'elles sont le fruit d'une combinaison inédite d'essences dans des proportions telles que leurs effluves, par les notes olfactives finales qui s'en dégagent, traduisent l'apport créatif de l'auteur* » et, partant, à travers sa personnalité, l'originalité de l'œuvre.

4. Un débat qui s'exporte. Cette résistance généralisée apparaît d'autant plus légitime que dans un pays voisin, la protection des fragrances d'un parfum par le droit d'auteur ne semble plus poser de difficultés. La plus haute juridiction néerlandaise a en effet adopté cette solution (Cass. civ., 16 juin 2006 : *Propr. intell.* 2006, n°21, p. 442, obs. A. Lucas ; V. sur ce point H. Cohen Jehoram, « La Cour de cassation des Pays-Bas reconnaît un droit d'auteur sur les fragrances d'un parfum. Le hollandais volant-Toutes voiles devant pas d'ancre » : *Propr. intell.* 2007, n°22, p. 6). La Cour de cassation des Pays-Bas rappelle, par cette décision, que la loi néerlandaise, si elle fixe une liste d'œuvres normalement protégées par le droit d'auteur, n'exclut cette protection qu'à la condition que le caractère original n'excède pas la mesure requise pour obtenir un effet technique ; ce qui n'est pas le cas en matière de fragrances de parfum.

5. Une décision pour faire changer les mentalités ? L'affaire soumise à la sagacité des magistrats aixois relève assurément des mêmes canons. Selon la Cour, même si l'article L. 112-2 CPI privilégie les œuvres perceptibles par l'ouïe et la vue, sa rédaction – la présence de l'adverbe « notamment » – ne permet pas d'exclure celles perceptibles par l'odorat, l'œuvre devant seulement se concrétiser dans une forme sensible susceptible d'être communiquée. Dès lors, poursuivant, si « *la création d'un parfum nécessite à l'évidence un savoir-faire, elle ne se limite pas à une opération purement technique. Elle exige en effet, une recherche dans la succession et les interactions des odeurs, une conjugaison des éléments volatiles et persistants et une combinaison des diverses essences dans des proportions permettant de dégager une forme olfactive caractéristique qui traduit la personnalité, la sensibilité et l'imagination de son auteur et constitue à condition d'être originale, une création artistique susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur, peu importe que cette création fasse ensuite l'objet d'une reproduction industrielle* ». A n'en pas douter, une telle décision s'inscrit, une fois de plus, dans l'opposition de la jurisprudence de la Cour de cassation. Pourtant, si elle admet le principe d'une protection, la Cour d'Aix-en-Provence refuse toutefois de l'appliquer au parfum en cause. En effet, sur la foi d'un protocole utilisant trois méthodes d'évaluation – physicochimique, expertale et sensorielle –, la Cour conclut que le parfum dont la protection est réclamée « *ne présente pas de caractéristiques inédites totalement identifiables par un consommateur moyen et qui serait le reflet de l'apport créatif de son auteur* ». En conséquence, « *la preuve de sa nouveauté ou de son originalité par rapport à une famille olfactive n'est pas établie, que dès lors, elle ne peut bénéficier de la protection du droit d'auteur et l'action fondée sur la contrefaçon ne peut être accueillie* ».

Le grief de concurrence déloyale est également rejeté dans la mesure où l'expert conclut « *que si un nombre relativement important de composants sont identiques [...], il ne s'agit nullement d'une copie servile, que dès lors, la preuve d'une imitation fautive de nature à tromper un consommateur moyen et à le détourner du parfum TRESOR créant ainsi un préjudice commercial à la société, n'est pas rapportée* ».

6. Une décision suscitant des regrets. Bien qu'il promette un acte final passionnant, l'arrêt ci-rapporté suscite toutefois certains regrets. Certes, l'analyse chromatographique permet d'apporter la certitude d'une preuve scientifique à la question de la similarité des produits en cause. Et comme le suggère cette décision, on ne saurait pleinement s'y résoudre, dans la mesure où la perception par les sens ne peut se réduire à une simple formule scientifique. Si nous souscrivons parfaitement à la protection des fragrances par le droit d'auteur, il faut néanmoins admettre que l'odorat ne garantit pas l'intégrité de la communication entre l'auteur et son public. En effet, la fragrance n'est pas perçue aussi facilement que l'est une œuvre musicale, car si la beauté d'une mélodie est une appréciation subjective, une note, à défaut d'être identifiée, est toujours également entendue. En matière de fragrance, une note « parfumée » peut ne pas être saisie par son destinataire.

Enfin, nous regretterons l'assimilation réalisée par les magistrats aixois entre l'absence d'originalité et la possible confusion dans l'esprit du consommateur confirmée par l'analyse sensorielle pratiquée sur un panel de 66 personnes. Comme le souligne fort justement un auteur, déduire l'absence d'originalité de ce risque de confusion « *revient à confondre la question de l'accès à la protection avec celle de l'appréciation de la contrefaçon* » (D. Lefranc, « Protection du parfum par le droit d'auteur : une cour de renvoi s'oppose à la Cour de cassation » : *EDPI*, 15 févr. 2011, n°2, p. 2). Si un revirement de jurisprudence en la matière nécessiterait une opposition franche et unanime des juges du fond, aucune possibilité de censure n'aurait dû être laissée à la Cour régulatrice. •••

« En finance le problème, c'est le droit ! »

Cass. Com., 8 févr. 2011, n°10-13.988, « Cœur Défense »

1. Après les « printemps » arabes, le « malheureux » tsunami au japon, l'auto « putsh » de Kadhafi et la « garden party » du Prince William les médias s'éprennent désormais de passion pour la soi-disant « re-crise » financière. Il suffit d'allumer le poste de télévision ou de feuilleter un simple journal populaire pour se voir acculé d'informations sur le pourquoi du comment de la crise. Et c'est bien cette pléthore d'informations qui fait qu'au final on y comprend plus grand-chose, mais là n'est point l'objet de cet article, la critique des médias étant l'apanage d' « autres » médias, laissons là leur. En revanche le droit d'apposer un regard critique sur la finance se trouve être l'une des chasses gardées du juriste d'affaires, d'où l'idée de réaliser cet article dont le dessein n'est d'autre que de tenter de faire le lien entre la matière juridique et sa meilleure ennemie, la financière à travers le fameux arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 8 février 2011 (Pourvoi n°10-13.988) cher aux « puristes » des procédures collectives et plus couramment appelé l'arrêt « cœur défense ».

Romain CASTELLI
Ancien étudiant de l'IDA
Master Ingénierie des sociétés
Promotion 2011

2. Au-delà de son apport quand à la recevabilité de la tierce opposition d'un créancier au jugement prononçant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde au bénéfice du débiteur et de l'éclaircissement opéré par les juges de la Haute Cour sur les conditions de déclenchement d'une telle procédure, l'arrêt « cœur défense » permet de lever le voile sur la structuration d'un LBO complexe.

3. Pour rappel, un *Leverage Buy Out* (LBO) est une opération d'ingénierie financière et juridique basée sur la coaction de trois leviers. Un levier juridique dont la base est l'utilisation d'une société holding comme structure d'acquisition d'une société cible, l'avantage de cette interposition résidant dans la possibilité pour le repreneur de faire un apport en fonds propres limité lui donnant juste la majorité politique, le reste du capital étant souscrit par des fonds d'investissements en général. Un levier financier reposant sur un fort endettement de la holding qui permettra d'acquérir la totalité du capital de la cible et ainsi de percevoir sous forme de dividendes l'intégralité du résultat de la cible afin de rembourser les intérêts et le capital de l'emprunt. Et enfin un levier fiscal qui permet de limiter l'imposition des résultats de la cible (intégration fiscale) et des dividendes (régime mère/fille).

4. Les faits sont les suivants (*Revue des sociétés* 2011, page 404) : une SCI dont l'activité principale était la gestion d'un ensemble immobilier localisé au sein du célèbre quartier d'affaire La Défense a fait l'objet d'un LBO initié par l'une des filiales du groupe bancaire, désormais tristement célèbre, Lehman Brother. La structuration était la suivante, création d'une holding d'acquisition de droit français détenu par une holding de droit luxembourgeois (probablement pour la qualité de vie..) elle-même détenue par une filiale ou un fond géré par le groupe Lehman Brother. Jusque là rien de bien méchant, du basique dirons nous, mais l'opération va prendre une tournure de plus en plus opaque, la faute à un douteux mélange des rôles.

Le prêt d'acquisition portant sur la coquette somme de deux milliards d'euros, on comprend aisément dés lors que la banque créancière ait voulu se prémunir contre une éventuelle défaillance de l'emprunteur, d'où le recours à un bataillon de sûretés aux rangs desquelles on trouve des hypothèques, le nantissement des titres de la cible ainsi que ceux de la holding d'acquisition française ainsi qu'une convention de cession Dailly des créances résultant des loyers existant ou à venir. A noter que la holding d'acquisition avait également souscrit une police d'assurance venant garantir les fluctuations du taux d'intérêt de l'emprunt (le taux d'intérêt devait surement être indexé sur les variations du taux interbancaire EURIBOR). Bien que complexe, ce montage était juridiquement valable, preuve que finance et droit peuvent faire bon ménage, ca serait bien vite oublier la turpitude de certains établissements financiers. En effet, cette opération en apparence tri partite cachait en réalité qu'une seule et même « personne », le groupe bancaire Lehman Brother, le repreneur étant une de ses filiales, tout comme la banque créancière et la société d'assurance garantissant les fluctuations du taux. En somme tous les éléments du parfait effet domino étaient réunis, la suite de l'affaire le confirmera...

5. Une fois l'opération structurée, l'impatience des banques à encaisser du cash avant qu'il ne soit dans les caisses va les pousser à recourir au tristement (depuis la crise des *subprimes*) célèbre mécanisme de la titrisation (Articles L 214-43 et suivants du Code Monétaire et Financier). L'intérêt de ce mécanisme résidant dans une

mobilisation des créances non recouvertes inscrites à l'actif d'une société par le recours à la cession de créances auprès d'un organisme de titrisation qui pour se financer va émettre des obligations sur les marchés financiers. Les banques sont friandes de titrisation car elle permet de délocaliser le risque de défaut du débiteur au marché (lors de la dernière crise financière les créances hypothécaires « toxiques » des banques américaines avaient inondé les bilans des banques mondiales et autres OPCVM, ce qui les avait obligé à passer des provisions astronomiques défigurant le niveau de leurs capitaux propres…) et de percevoir le montant d'une créance qui peut être aurait trouvé échéance dans plusieurs mois.

6. La titrisation réalisée, tout semblait aller « mieux que mieux », pour reprendre le phrasé du spécialiste de l'illusion financière qu'est Mr Jean-Marie Messier, mais la crise des *subprimes* a malheureusement réduit à néant les espoirs de débouclage du LBO. Les filiales du groupe Lehman Brother faisant faillite les unes après les autres, l'organisme de titrisation a imposé (les faits ne nous permettent ne dire comment) le remplacement des filiales de Lehman par d'autres établissements financiers. Cette substitution de créancier étant tout bonnement impossible du fait de l'éclatement du système financier et face au risque de voir réaliser le nantissement des titres de la holding d'acquisition, les deux holdings ont demandé l'ouverture d'une sauvegarde à leur encontre afin de bénéficier de ce régime protecteur prévu par le législateur.

7. Cette affaire, met en lumière les méfaits de la turpitude des établissements financiers qui en voulant être présents sur tous les tableaux y laissent au final leur chemise, et des dérives de l'ingénierie juridique quand elle se met au service de la finance. Mais ici c'est bien le droit qui a gagné, dans la mesure où le placement sous sauvegarde permet de proposer aux créanciers une restructuration « forcée » de leur plein gré de la dette, un gel des sûretés …

8. Jamais à court d'idées et pour faire face aux incertitudes planant sur le recouvrement de leurs créances, les banques ont mis au point un montage juridique sophistiqué censé bloquer les effets de la procédure de sauvegarde française dans les LBO réalisés en France, la double Luxco. Cette appellation désigne un LBO regroupant quatre sociétés, la cible qui est localisée en France, la holding d'acquisition également localisée en France, une LuxCo 1 qui est une société holding de droit luxembourgeois et une LuxCo 2 qui est également une société luxembourgeoise, chacune détenant l'autre par un chaine ininterrompue de participation.

9. Dans l'affaire « cœur défense » il avait été utilisé qu'une seule holding d'acquisition pour des raisons fiscales, mais le recours à deux holdings luxembourgeoises permet, en sus de l'avantage fiscal, de déjouer les effets néfastes d'une procédure collective en France sur la cible et la holding d'acquisition.

10. Le désagrément principal causé par une procédure de sauvegarde est l'impossibilité pour le créancier de réaliser le nantissement dont il est bénéficiaire sur les titres de la cible et sur les titres de la holding d'acquisition. En effet, l'article L 622-30 du Code de Commerce fait obstacle à la réalisation des droits réels dés lors qu'une sauvegarde est ouverte, le créancier ne pourra donc pas, en cas de sauvegarde de la holding d'acquisition, réaliser son nantissement qui lui a été consenti sur les titres de la cible en cas de mise sous sauvegarde de la holding française. Qu'en est-il des titres nantis de la holding d'acquisition détenus par la LuxCo 1 ? Le créancier pourra-t-il réaliser le nantissement du fait de la non soumission de la LuxCo 1 au droit français ? Cette réponse est donnée par le Règlement Européen n° 1346/2000 du 29/05/2000 qui dispose que la juridiction compétente pour ouvrir la procédure collective principale est celle du pays de l'Union Européenne où se trouve le centre des intérêts économiques du débiteur.
On peut donc affirmer qu'une procédure de sauvegarde peut être ouverte à l'encontre d'une société de droit luxembourgeois dont les uniques actifs sont les actions d'une société française, ce qui délocalise le centre des intérêts économiques en France. Par conséquent la réalisation du nantissement s'en trouvera encore compromise (Option Finance n°1112 p 29).

11. Pour éviter cet écueil les banques imposent désormais que l'opération soit structurée au moyen de deux holdings luxembourgeoises, une LuxCo 1 et une LuxCo 2. On comprend vite l'intérêt de rajouter un étage, c'est la mise à mal de l'application du Règlement Européen. En effet, dans l'hypothèse au cours de laquelle la holding française et la LuxCo 1 se placent sous sauvegarde et donc empêchent la réalisation des nantissements des titres de la cible et de la holding française, le dernier étage du montage, la LuxCo 2 reste étanche à toute procédure de sauvegarde en raison de son centre d'intérêt économique qui est localisé au Luxembourg (les actifs composés des actions de la LuxCo 1). La banque créancière pourra donc réaliser le nantissement des titres de la LuxCo 1.
Ce montage est désormais utilisé et imposé par les établissements financiers dans les LBO importants dits « Big Caps » du fait des coûts de mise en place d'une telle structure, à titre d'exemple on peut citer le énième LBO réalisé sur la société Picard (AGEFI édition du 14/10/2010).

12. Pour conclure cet article, quelques petits développements d'actualité sur les rapports conflictuels qu'entretiennent droit et finance.
On le sait, l'un des piliers d'un état de droit c'est la reconnaissance par l'état du principe de sécurité juridique (Bien que non reconnu explicitement par le Conseil Constitutionnel, il découle du principe de sûreté et de garantie des droits tous deux inscrits dans la DDHC de 1789), principe qui impose un socle normatif d'une stabilité maximale afin que les citoyens puissent anticiper les effets des actes juridiques qu'ils créaient ou des faits juridiques qu'ils entrainent ou subissent. La sécurité juridique trouve dans le droit

financier un terrain d'élection qu'elle n'a pas encore réussi à irriguer afin d'en faire un « lieu sûr ». Cette insécurité est due pour partie aux exigences des acteurs de la finance et plus particulièrement de la finance de marché. Quoi de plus abstrait et opaque que les marchés financiers ? Afin d'illustrer ces propos il faut partir d'un postulat simple, un contrat vente est une vente, un contrat de prêt est un prêt, un contrat de bail est un bail et ce quel que soit la chose objet de ce contrat, il faudra donc appliquer, si le contrat est de droit français, les dispositions du Code Civil. Appliqué aux marchés financiers, le problème n'est pas aussi simple, en raison de la complexité des produits financiers qui sortent de l'ingéniosité des polytechniciens recrutés à prix d'or par les banques d'investissements. Un même produit pourra combiner un contrat de vente, un prêt, une location, ajoutez à cela des échéances, des conditions dépendant de la volatilité des marchés et vous obtenez une usine à gaz juridique qui donnera certainement des poussés de fièvre aux juristes de l'AMF. Le Code des Marchés Financiers a certainement normalisé un minimum la matière mais il n'en reste pas moins que les financiers usent et abusent de cette complexité croissante pour loger dans des produits en apparence louables des actifs plus où moins performants ou pour déjouer l'application des règles du droit boursier dont la plupart relèvent de l'ordre public.

L'affaire Hermès illustre parfaitement l'opacité juridique des produits financiers, en l'espèce la société LVMH avait raflé sur les marchés des produits hybrides créés par une banque (complice ?) dont le sous jacent plus ou moins visible était des actions Hermès. Pareille opération doit normalement donner lieu à une déclaration de franchissement de seuil si des pourcentages sont dépassés (Art. L. 233-9 4° du Code de Commerce), or le contrat stipulait que le dénouement des contrats se ferait en cash et pas en nature (actions Hermès) ce qui exonérait LVMH de l'obligation de déclaration de franchissement de seuil. Mais Bernard Arnault en bon polytechnicien qui se respecte a gentiment proposé à la banque de faire un avenant au contrat afin que le dénouement de l'opération se fasse non plus en cash mais en nature! Conséquence LVMH lors du débouclage des contrats est montée au capital en s'affranchissant des déclarations.

Les exemples de ce type foisonnent, mais pour finir on évoquera brièvement le dangereux procédé que constitue la vente à découvert qui permet de vendre un titre que l'on ne possède pas en pariant sur une chute du cour dudit titre afin de le racheter à terme à un prix inférieur au prix de vente initial. Ce procédé n'est en définitive qu'un contrat de vente à terme mais ses effets peuvent être redoutables si le procédé est utilisé par des fonds spéculatifs. En témoigne les récentes spéculations sur le défaut de la Grèce ayant fait grimper les taux d'intérêts du fait de la crainte des investisseurs. Les fonds s'y prenaient de la sorte, des ventes massives à découvert d'obligations souveraines sans aucune raison objective dont l'unique dessein était d'influencer le marché à la baisse afin de racheter les titres à un prix inférieur au prix de vente et d'encaisser la différence. De telles pratiques ne doivent-elles pas tomber sous les fourches caudines de l'article 6 du Code Civil qui prohibe les conventions dérogeant à l'ordre public... •••

La taxe sur les boissons sucrées : une réforme juteuse

Après la taxe sur l'alcool, la taxe sur le tabac, voici la taxe sur les sodas ! L'année 2011 a été marquée par une augmentation du déficit budgétaire et de la dette publique de la France. Le gouvernement a donc annoncé à la fin du mois d'Août dernier plusieurs mesures destinées à réduire les déficits publics, et donc se conformer aux exigences communautaires d'ici 2013. Cette réduction du déficit passant nécessairement par une hausse de la fiscalité, d'après le gouvernement, il a été proposé de limiter la possibilité pour les entreprises bénéficiaires de reporter leurs déficits (en avant et en arrière), le passage à 10% de la quote-part pour frais et charges appliquée aux plus-values de long terme sur les titres de participation et le renforcement du barème de la taxe sur les véhicules de société.

2. Quant aux particuliers, certaines mesures ont été présentées, les principales étant la hausse de 1,2% des prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine (le taux d'imposition passe donc de 12,3% à 13,5%), l'instauration d'une contribution exceptionnelle sur les très hauts revenus dont le montant correspondrait à 3% de la fraction du revenu fiscal de référence qui excède le seuil de 500 000 € par part ou encore l'augmentation du prix du tabac de 6% en 2011 et en 2012.

3. Mais le gouvernement ne s'est pas arrêté là puisqu'il a aussi annoncé une mesure surprenante : une taxe sur les boissons sucrées ! C'est la première fois qu'une telle mesure est prise en France. Cependant, l'idée n'est pas nouvelle : le 5 Octobre 2005, un rapport sénatorial sur la prévention et la prise en charge de l'obésité invitait les pouvoirs publics à instaurer une taxe nutritionnelle de 1 % sur les boissons sucrées, à l'exception des eaux minérales aromatisées et des jus de fruits, mais le projet avait été rejeté. Puis cette proposition a refait surface en Octobre 2009 mais a encore été refusée par l'Assemblée Nationale lors de la discussion du projet de loi de financement de la Sécurité sociale. La France rejoindrait donc le club très fermé des quelques pays européens ayant adopté une taxe similaire (Belgique, Pays-Bas, Danemark et Finlande d'après l'Ania, l'Association nationale des industries alimentaires).

4. Concernant le mode d'emploi de cette taxe, précisons en premier lieu que les boissons concernées par cette mesure sont les sodas, autrement dit les boissons sucrées généralement préparées avec de l'eau gazeuse et du sirop de fruit. Par contre, les eaux, les jus de fruits sans sucre ajouté et les boissons sucrées aux édulcorants sont exclus du champ d'application de cette mesure. Ensuite, le régime d'imposition des boissons sucrées a été établi d'après le régime fiscal des boissons alcoolisées : cette nouvelle taxe consiste en un droit d'accise, autrement dit une taxe calculée en fonction de la quantité du produit vendu, et non en fonction de son prix. Et le taux applicable aux boissons sucrées est identique à celui pratiqué par la France pour les vins dits "tranquilles" (ne contenant pas ou très peu de gaz carbonique), soit 3,55 euros par hectolitre d'après la directive n° 92/83/CEE du 19 octobre 1992 sur l'harmonisation des structures des droits d'accises sur l'alcool et les boissons alcooliques et la directive n° 92/84/CEE du 19 octobre 1992, concernant le rapprochement des taux d'accises sur l'alcool et les boissons alcooliques.

Loïc ALIBAY
Ancien étudiant de l'IDA
Master Ingénierie des sociétés
Promotion 2011

Concrètement, le prix d'une canette de 33 cl augmentera de quelques centimes d'euros, ce qui permettra de renflouer les caisses de la sécurité sociale de près de 120 millions d'euros !

5. Par cette nouvelle taxe, applicable dès le 1er Janvier 2012, le gouvernement entend faire d'une pierre deux coups : lutter contre l'obésité infantile et l'obésité de la dette. Il est vrai que l'Organisation mondiale de la Santé a pointé du doigt la progression du poids moyen des Français et de l'obésité de 70% en 12 ans, due notamment à la consommation grandissante des boissons sucrées. Cependant, il nous est permis de douter quelque peu de l'efficacité de cette mesure : en effet, si l'Etat parvenait à empocher plus de 120 millions d'euros avec la création de cette taxe, cela signifierait parallèlement que la consommation des boissons sucrées aurait augmenté. Par conséquent, l'objectif de réduction des déficits serait certes rempli, mais au détriment des objectifs de santé publique.

6. On pourrait aussi regretter que la soif de vaincre l'obésité ne se soit pas accompagnée d'autres taxes, comme par exemple une taxe "fast food" ou "junk food", ce qui aurait été plus cohérent par rapport aux ambitions gouvernementales.

7. En attendant la présentation de cette mesure à la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale, une chose est sûre : avec la taxe sur les boissons sucrées, l'addition sera un plus salée pour les contribuables ! •••

Fair-play financier et « naming » des nouvelles enceintes sportives

Malgré un contexte économique incertain ces dernières années, touchant bon nombre de secteurs économiques, le monde du football a, semble-t-il, tiré son épingle du jeu. Les revenus des clubs européens de première division de football ont en effet atteint un niveau record en 2009, avec un chiffre de 11,7 milliards d'euros. Plus récemment, le marché des transferts de cet été a vu les clubs français de Ligue 1 et Ligue 2 dépenser presque 200 millions d'euros, dû en grande partie au dynamisme du Paris-Saint-Germain et ses nouveaux fonds qataris. Cela représente une hausse de 35% par rapport à l'été dernier. Mieux encore, les clubs anglais (Premier Ligue) ont dépensé plus de 550 millions d'euros lors de ce mercato estival, soit une hausse de 33% par rapport à la saison précédente. Les meilleurs d'entre eux ont chacun investi plus de 50 millions d'euros pour se renforcer cette année.

Yannick ALIBAY
Ancien étudiant de l'IDA
Master Ingénierie des sociétés
Promotion 2011

2. Toutefois, ces chiffres ne doivent pas tromper. Selon un rapport sur les finances des clubs européens de football établi en 2010 par l'UEFA (Union européenne des associations de football), instance dirigeante du football européen, ces derniers s'endettent toujours à long terme pour faire face à leurs dépenses à court terme. En dépit d'une hausse de leurs revenus, leurs coûts se sont envolés à cause d'une masse salariale grandissante et des indemnités de transferts importantes. Il ne faudra donc pas être surpris de constater qu'un nombre conséquent de clubs européens soient endettés. Pour exemple, les dettes du club prestigieux de Premier Ligue, Manchester United, avoisinent le milliard d'euros ! Ces difficultés financières peuvent même mettre en doute la capacité pour les équipes de football de poursuivre leur exploitation. Leurs auditeurs ont émis des réserves en ce sens pour un club européen sur cinq. Les risques d'ouverture d'une procédure collective sont donc réels. En témoigne en France, la très récente procédure de redressement judiciaire à l'encontre du Racing Club de Strasbourg, suite à une procédure d'alerte déclenchée par les commissaires aux comptes du club.

3. Face à cette situation, des réflexions ont été menées à l'échelle européenne afin d'améliorer la santé financière des clubs de football et de manière plus générale assurer la pérennité de ce sport. Juridiquement, ces réflexions se sont traduites par l'adoption et la publication par l'UEFA, en juin 2010, d'un Règlement sur l'octroi de licence aux clubs et le fair-play financier. Ce texte a été élaboré avec la collaboration des principales parties prenantes du football européen (ligues, syndicats de joueurs, y compris les clubs eux-mêmes). Le but est clairement affiché : "améliorer le bien-être du football des clubs européens". D'ailleurs, un article entier de ce Règlement est consacré à ses objectifs, à savoir l'article 2, qui dispose que le Règlement "vise à garantir le fair-play financier dans les compétitions interclubs de l'UEFA et notamment à améliorer les performances économiques et financières des clubs et à renforcer leur transparence et leur crédibilité, accorder l'importance nécessaire à la protection des créanciers, en s'assurant que les clubs s'acquittent de leurs dettes envers les joueurs, les administrations sociales et fiscales, et les autres clubs dans les délais, introduire davantage de discipline et de rationalité dans les finances des clubs, encourager les clubs à fonctionner sur la base de leurs propres revenus, promouvoir les investissements responsables dans l'intérêt à long terme du football, et à protéger la viabilité à long terme et la pérennité du football interclubs européen".

4. Le concept de fair-play financier avait émergé dès 2009 avant d'être approuvé par le comité exécutif de l'instance dirigeante du football européen. Son importance est telle qu'il figure parmi les onze valeurs prônées par l'UEFA. Il est en quelque sorte la transposition "hors du terrain" du comportement que doivent adopter les équipes de football. Ce concept s'appuie sur une notion centrale, le principe d'équilibre financier, présenté comme la pierre angulaire du Règlement de l'UEFA sur l'octroi de licence aux clubs et le fair-play financier. Il signifie que les clubs de football ne doivent pas, de manière répétée, "dépenser plus que les revenus qu'ils génèrent", et ce, afin de présenter des comptes équilibrés. Autrement dit, les clubs doivent, dans la mesure du possible, subvenir à leurs besoins par leurs propres revenus. Il s'agit surtout de lutter contre la course à l'endettement des équipes lié aux indemnités de transfert de joueurs et leurs salaires, pour tenir tête à leurs concurrents dans les différents championnats et coupes européennes. Nous sommes actuellement dans la période de trois ans de la mise en œuvre des mesures du fair-play financier, période qui a débuté en 2010 pour s'achever en 2012. Ce principe d'équilibre financier sera applicable lors de l'évaluation des rapports financiers qui seront établis à la fin de l'année 2012. L'équilibre financier sera analysé courant 2013/2014 pour les exercices clos en 2012 et 2013, et des sanctions pourront alors être prises si des irrégularités existent. Le respect de ces mesures est assuré par le Panel de contrôle financier des clubs, organe dont les membres sont nommés par le Comité exécutif de

l'UEFA et composé de professionnels du chiffre (par exemple experts-comptables, réviseurs agréés...) et du droit. Ses missions sont précisément détaillées dans la section III du Règlement précité, intitulé "Surveillance des clubs".

5. Au-delà du strict respect du principe d'équilibre financier, le fair-play financier intègre une vision à long terme du bien-être du football, exprimé à travers des objectifs décrits dans le Règlement. Parmi eux figurent les investissements à long terme dans le domaine des infrastructures sportives. Il s'agit là d'un élément essentiel aux yeux de l'UEFA dans la mesure où l'infrastructure est érigée en critère d'octroi de licence aux clubs, à côté des critères administratifs, juridiques ou financiers. Surtout, être propriétaire d'un stade et des infrastructures d'entraînement a une influence certaine sur les finances des clubs. D'après le rapport de l'UEFA sur les finances des clubs, l'analyse des documents comptables des clubs montrent que les types d'actifs dont la valorisation est la plus importante sont constitués des actifs fixes, c'est-à-dire les stades et des installations d'entraînement (5,4 milliards d'euros environ), plus encore que les montants des transferts, les disponibilités ou les joueurs eux-mêmes. En contrepartie, être propriétaire de son stade requiert un investissement important, que ce soit pour construire, acheter, développer ou encore rénover le stade, ce qui accroît significativement les dettes du club jusqu'à constituer le poste le plus lourd de son passif. Ceci peut en partie expliquer que seul un club européen sur cinq est directement propriétaire de son stade, en France le chiffre tombe à 5%. La grande majorité des clubs louent donc le stade qui est souvent la propriété des autorités municipales ou gouvernementales. Ce même rapport affirme que 64% de la valeur comptable déclarée au poste "Stade et autres immobilisations" ont été enregistrés par seulement 20 clubs européens. Pourtant les avantages financiers liés à la propriété du stade sont indéniables : les clubs ont la possibilité d'encaisser la totalité des revenus liés à la billetterie les jours de match, la publicité (annonces et panneaux publicitaires...), ou encore l'organisation de divers évènements (visites du stade, concerts, conférences...).

6. Une autre catégorie de revenus doit attirer notre attention : ceux liés à l'exploitation de l'appellation du stade, grâce aux contrats dit de "naming". Ce contrat a pour objet de donner à une enceinte sportive le nom d'une société sponsor ou une marque moyennant le paiement par le sponsor d'une somme d'argent au club. Ce contrat de sponsoring s'inscrit dans une démarche à long-terme puisque la durée de ce contrat peut atteindre, voire dépasser la dizaine d'années. Le "naming" est apparu pour la première fois aux Etats-Unis il y a déjà plusieurs dizaines d'années. En Europe, il aura fallu attendre le début des années 2000 pour que le "naming" s'implante et se développe dans le monde du football : en Allemagne d'abord avec le partenariat entre le club de Hambourg et la société AOL concrétisant l'AOL Arena, puis en Angleterre. Aujourd'hui plus de 120 enceintes sportives portent le nom de sponsors, répartis principalement en Allemagne et en Angleterre. On citera par exemple le Signal Iduna Park du club de Borussia Dortmund, l'Allianz Arena du Bayern Munich, ou encore l'Emirates Stadium du club d'Arsenal Football Club. En France, aucun club de Ligue 1 n'a encore eu recours à ce procédé. Seul un club de Ligue 2, Le Mans Football Club a conclu un tel contrat avec la compagnie d'assurance MMA, d'une durée de dix ans, pour son nouveau stade dénommé MMArena. Pourtant, cette technique de marketing sportif est intéressante tant pour le sponsor que pour le club : pour le sponsor, le contrat permet de valoriser la marque, de lui conférer une notoriété certaine aux yeux du public, d'autant qu'il bénéficie d'un puissant levier de communication à travers les différents médias qui diffusent les rencontres sportives ou les diverses actions commerciales (showroom, emplacement VIP...). Pour le club, l'intérêt économique est évident puisque ce contrat est la garantie de percevoir des revenus conséquents sur une longue période.

7. Cependant, l'organisation du prochain championnat d'Europe par la France en 2016 (Euro 2016) pourrait changer la donne. En effet les clubs de football dont les stades ont été retenus pour l'accueil des matches vont profiter de l'évènement pour construire de nouvelles enceintes sportives ou rénover les infrastructures existantes. Pour la construction de son nouveau grand stade, L'Olympique Lyonnais a déjà déposé un projet, le projet OL Land, dont la livraison de l'infrastructure est prévue fin 2013 et dont le club serait lui-même propriétaire. Le président du club a déjà prévu de recourir à la technique du "naming" pour ce stade. Quant à l'Olympique de Marseille, dont la rénovation du stade Vélodrome a débuté et devrait s'achever courant 2014, il est également envisagé d'utiliser ce procédé, sans certitude toutefois à l'heure actuelle. D'autres clubs pourraient également franchir le pas. Une approche financière de ce contrat nous permettrait sans aucun doute d'affirmer que les clubs recourant à ce type de contrat verraient leurs revenus croitre significativement, d'autant qu'ils peuvent s'étaler sur une durée très étendue. De la même manière, la perspective d'être propriétaire de leur propre enceinte leur ferait bénéficier de l'intégralité des revenus liés à cette propriété, qui ont été précédemment évoqués. Face à des dépenses qui peuvent demeurer importantes (transferts de joueurs, masse salariale), le "naming" peut contribuer pour les clubs à respecter le principe d'équilibre financier. De plus, cet investissement à long-terme correspond parfaitement aux objectifs fixés par le Règlement de l'UEFA et constitue incontestablement une des réponses possibles à l'exigence du fair-play financier. Les dirigeants du club anglais de Manchester City (Premier Ligue) ne s'y sont pas trompés : le mois de juillet dernier, ils ont annoncé leur accord sur la conclusion d'un contrat de "naming" avec la compagnie aérienne Etihad Airways, déjà sponsor du maillot de l'équipe, pour une durée de dix ans,

contre le paiement au club d'une somme de plus de 10 millions de livres sur cette même période, soit plus de 100 millions au total ; leur stade sera ainsi baptisé Etihad Stadium. D'autres idées s'inscrivant dans la logique du fair-play financier verront le jour dans les prochains mois : la dernière en date est la conclusion d'un contrat de sponsoring entre le célèbre club de Manchester United et la société de transport DHL pour tous les maillots d'entraînement du club, ce qui lui permettra de récolter plus de 11 millions d'euros par an sur quatre ans, une première ! •••

Regard de « sages » sur la notion de déséquilibre significatif

(Le contre-pied du Conseil constitutionnel et son étonnante interprétation concernant l'analogie du déséquilibre significatif du droit des pratiques restrictives de concurrence avec son « alter ego » du droit de la consommation)

Cédric DUBUCQ
Ancien étudiant de l'IDA
Master Droit économique
Promotion 2011

Selon l'article L.442-6 I. 2° du code de commerce, engage la responsabilité de l'auteur le fait : « De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Cet article issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008[1] prévoit également que le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent « demander le prononcé d'**une amende civile** dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ».

Pétri de bonnes intentions, le gouvernement a voulu corriger ce que le Doyen Ripert appelait « l'aléa du contrat »[2].

Outre le terme significatif qui souffre l'absence de définition, la notion même de « déséquilibre » prête intrinsèquement à confusion. Comment évaluer, en droit français, l'équilibre d'un rapport de droit ? En effet, aucune disposition légale n'impose l'équilibre parfait des relations contractuelles.

A la lecture de cet article, la doctrine s'est étonnée, qualifiant la disposition de «séisme juridique »[3], de « machine à broyer du droit »[4], de « bonne à tout faire »[5] ou encore «de révolution certes prometteuse mais ténébreuse»[6].

Cette protection est novatrice, d'abord par son inspiration consumériste. En effet, la rédaction de l'article se calque sémantiquement sur le droit de la consommation et la transposition des termes issus de l'article L. 132-1 du Code de la consommation n'est pas sans poser de difficultés.

On déplorera l'imprécision de ces termes juridiques, dont l'utilisation est d'abord destinée à lutter contre des pratiques économiques. C'est sans doute la limite d'une législation bâtie dans l'urgence, d'aucuns parlerons de précipitation, où « le législateur économique n'est plus un législateur juridique »[7].

La doctrine elle-même est divisée et, si certains prêchent pour la symétrie du droit de la concurrence avec le droit de la consommation[8], d'autres estiment qu'il ne faudrait pas tomber dans ce « panneau », certes séduisant[9].

La « diffusion » du droit consumériste[10] est significative dans la mesure où les objectifs des deux textes sont identiques, à savoir protéger la partie la plus faible dans la relation contractuelle[11].

(1) Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12471. (2) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd. 1949, no 85, p. 152, cité par P. Cramier, *Essai sur la protection du contractant professionnel*, *LPA* 2000, n°118, p. 7. (3) M. Behar-Touchais, *Le séisme tranquille du Rapport Hagelsteen* : *RLC*, 04-2008, n°15. (4) E. Claudel, « Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? » : *RTD com.* 2008, p. 714-715. (5) M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? » *À propos de la loi LME du 4 août 2008* : *JCP G*, n°42, 15 octobre 2008, I, p. 196. (6) J-C. Fourgoux « La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, une révolution prometteuse mais ténébreuse », *Gaz. Pal.*, 14-16 septembre 2008. (7) B. Oppetit, Philosophie du droit, Dalloz, coll. « Précis », 1999, n°87, p. 106. (8) Voir ainsi Malaurie Vignal, art. pré.cit : « La réforme [de la loi LME] ne signifie pas que le professionnel est un consommateur. Mais l'adoption d'une notion commune avec le droit de la consommation traduit une unité fondamentale de la relation fournisseur-distributeur-consommateur... », une sorte de « droit de la consommation bis » L. Roberval et D. Fasquelle, Concurrences n° 2, 2008, chr. 125. (9) M. Behar-Touchais «Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?» art. cit. (10) En ce sens, D. Ferrier et D. Ferré, préc., p. 2237 ; plus nuancée, M. Malaurie-Vignal, préc. ; M. Cousin, préc. (11) Voir le rapport de Jean-Paul Charié n° 908, déposé le 22 mai 2008, indiquant que la nouvelle rédaction « renforce l'effectivité de la sanction de l'exploitation abusive d'un rapport de force par l'une des parties en soumettant celle-ci à des sanctions civiles dès lors qu'elle soumet ou tente de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Elle est d'ailleurs inspirée du Code de la consommation et des dispositions relatives à l'interdiction des clauses abusives, qui visent à empêcher les abus de puissance contractuelle dans le cadre d'une relation marquée par un fort déséquilibre entre le consommateur isolé d'un côté et l'entreprise de l'autre ».

Cependant une application semblable ferait craindre une «protection généralisée» des professionnels qui deviendrait paradoxalement et injustement plus importante que la protection dont bénéficient les simples consommateurs[12].

Interpellé par cet article, et dénonçant le flou manifeste entourant cette disposition, les enseignes de distributions ont soulevé le caractère évasif de cette disposition. Le moyen invoqué était celui du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».

On déduit généralement de cet article que, lorsqu'un délit est en cause, la loi qui le sanctionne doit être explicite. Comme l'exprime le Conseil Constitutionnel, « le principe de légalité des délits et des peines impose [au législateur] d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ».

Par une décision surprenante, le Conseil constitutionnel a validé l'article L. 442-6, I, 2° du code de Commerce, l'estimant suffisamment clair et précis au regard du principe de la sécurité juridique et de la légalité des délits et des peines, arguant du fait que la jurisprudence a suffisamment précisé les contours de cette notion en droit de la consommation.

En effet, si la meilleure doctrine estime que la notion de déséquilibre significatif doit s'apprécier distinctement en droit des pratiques restrictives et en droit de la consommation, la décision du Conseil Constitutionnel du 13 janvier 2011[13] s'éloigne d'un tel raisonnement[14].

S'agit-il donc d'un « appel du pied » des sages invitant le juge commercial à calquer les solutions applicables en droit de la consommation à des contrats conclus entre professionnels?

Si cette solution a le mérite de la simplicité (les esprits chagrins diront simplisme), elle peut laisser perplexe voire pantois le juriste. La décision du 13 janvier 2011 est en effet étonnante en ce qu'elle ne fait référence qu'à la jurisprudence du droit de la consommation pour apprécier la précision et la clarté de la notion de déséquilibre significatif des pratiques restrictives de concurrence.

Un mot d'abord sur la possibilité de juger valable une disposition relative au principe de la sécurité juridique au regard de la jurisprudence d'un autre article issu d'un autre droit.

Selon la Convention Européenne des Droits de l'Homme, le terme « loi » englobe à la fois le « droit écrit et le droit non écrit », ce qui inclut la jurisprudence[15].

Cependant, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de juger qu'une jurisprudence pouvait ne pas être suffisante pour suppléer à l'absence de loi écrite[16]. Cette décision semble en définitive assez peu compatible avec les principes et les décisions relevées par la Cour de Strasbourg.

Comme il a déjà été précisé, le Code de la consommation prévoit, à la différence du Code de commerce , une série de clauses baptisées « noires » et « grises » dénonçant un certains nombre de clauses qui sont irréfragablement présumées abusives et simplement présumées abusives.

Or, c'est un décret du 18 mars 2009 qui a précisé ces contours, et non la jurisprudence.

La véritable question que pose cette décision est de savoir s'il faut considérer que la référence au droit consumériste pour juger de la constitutionnalité du délit induit nécessairement une volonté d'interpréter le déséquilibre « commercialiste » à l'identique du droit de la consommation? Est- ce un message envoyé en creux ou un moyen de valider le dispositif coûte que coûte, quitte à bafouer une certaine orthodoxie juridique? Aucune certitude encore mais sans être doté d'un art divinatoire, plusieurs arguments plaident en faveur d'une certaine dissociation dans l'appréhension du déséquilibre entre les deux droits, celui de la consommation et celui des pratiques restrictives de concurrence.

Les clauses abusives issues du droit de la consommation visent à éradiquer les «clauses» dans les contrats conclus avec des professionnels qui « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Cette protection induit nécessairement un examen ligne à ligne du contrat[17], ce qui a d'ailleurs conduit à l'établissement des listes de clauses abusives « noires » ou « grises », issu du décret du 18 mars 2009. Avant ce décret, une liste indicative et non exhaustive de clauses considérées comme abusives était annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation précité.

Pour les professionnels en revanche, l'article L. 422-I 6; 2° du Code du commerce ne vise pas les « clauses » mais de manière générale les « obligations ».

Il s'agit d' une des innovations majeures et conséquentes de ce texte. En effet, contrairement au dispositif consumériste, le Code de commerce semble bien autoriser un contrôle global des déséquilibres, qu'ils

(12) M. Chagny, art. préc. , allant même au-delà de celle des consommateurs , F. Buy, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6 I, 2o du Code de commerce » : *LPA* 2008, n°252 . ; M. Behar-Touchais, art. préc. (13) Décision n°2011-85 QPC du 13 janvier 2011. (14) J.-L. Fourgoux, «Déséquilibre significatif : une validation par le Conseil constitutionnel qui marie droit de la concurrence et droit de la consommation en matière de clauses abusives» : Contrats, conc. consom., mars 2011, étude 5. (15) CEDH, 26 avr. 1979, n°6538/74, Sunday Times (16) CEDH, 24 avr. 1990, Kruslin (procédure d'écoutes téléphoniques) : D. 1990, II, 353, note J. Pradel. (17) Ceci n'empêche cependant pas l'obligation, pour déterminer le caractère abusif d'une clause au regard de l'article L. 132-1, de se référer « ... à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat », ... ou même aux clauses contenues dans un autre contrat lié au précédent. Pour autant, il s'agit toujours d'apprécier l'impact d'une clause donnée. (18) (19) (20) (21)

soient économiques ou juridiques[18].
Si son homologue consumériste exclut expressément l'appréciation de l'« objet principal du contrat » et surtout de l'« adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert »[19], rien n'est indiqué ce qui permet d'envisager sérieusement le déséquilibre à l'échelle du contrat.
Même si certains en doutent[20], il semble évident que la loi LME ait visé avant tout le déséquilibre financier et économique du contrat[21].
Ainsi, l'article L. 132-1, alinéa 2 du Code de la consommation dispose que « l'appréciation du caractère abusif (...) ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».
A *contrario*, le fait que l'article L. 442-6, I, 2° ait été adopté pour « remédier aux abus possibles de la nouvelle libre négociation des prix en matière commerciale »[22] invite à penser que le déséquilibre significatif pourrait précisément porter sur le prix[23].
Ce déséquilibre financier est admis car c'est essentiellement le cœur des négociations entre professionnels[24].
Et puisque, comme cela a été rapporté dans les débats parlementaires, le législateur souhaite « s'attaquer » à l'abus qui résulterait de la nouvelle liberté dont bénéficie les professionnels, c'est donc logiquement que le déséquilibre sur l'objet même du contrat peut être apprécié. L'article L. 422–6, I, 4° intègre d'ailleurs comme abus potentiels les prix et conditions de vente[25].
N'aurait-il pas été plus simple et plus direct pour le Conseil de valider le dispositif en y incluant une réserve d'interprétation? Cette possibilité aurait eu le mérite de guider, demain, les magistrats sur la manière de sanctionner le déséquilibre.
Dans la négative, on peut légitimement supposer que les Sages ont voulu laisser le soin à la jurisprudence de dessiner ce que sera le déséquilibre de demain. Plusieurs questions restent en suspens, qu'en sera-t-il de l'office du juge dans son appréciation ? Ce dernier pourra-t-il rechercher le « juste prix »[26], ou bien se contentera-t-il d'un «abus manifeste »?
Cette décision n'aura pas le mérite de clarifier une situation instable, où l'ombre de l'insécurité juridique plane sur les contrats entre professionnels... La fin justifie-t-elle vraiment tous les moyens ? Et jusqu'où va s'étendre la moralisation parfois outrancière des rapports entre professionnels ?
Suite au prochain épisode... •••

(18) En ce sens M. Behar-Touchais, art. préc. ; F. Buy, art. cité; M. Chagny, art. cité ; M. Malaurie-Vignal, art. cité (19) C. consom., art. L. 131-1. (20) Voir par exemple M. Cousin, qui évoque un « garde fou incertain contre les déséquilibres financiers », *in la négociabilité des tarifs et des conditions de vente après la LME : quels garde-fous ?, op.cit.* (21) F. Buy, art. cité : M. Chagny, art. préc. (22) M. Behar-Touchais, «Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ?» : RDC 2009, p. 1258. V. aussi C. Lucas de Leyssac et M. Chagny, «Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ?» : RDC 2009, p. 1271. (23) M. Behar-Touchais, pré.cit. V. aussi C. Lucas de Leyssac et M. Chagny, «Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ?» : RDC 2009, p. 1271. (24) v. les obs. critiques sur ce point de M. Malaurie-Vignal, « La CEPC se prononce sur la légalité de certaines pratiques de distributeurs », Contrats, conc. consom. 2009, comm. 43). (25) « ... conditions manifestement abusives concernent les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services... ». (26) M. Cousin, art. préc.

L'avocat qui assiste ne représente pas... du moins plus pour très longtemps?

Aix, 2e ch. B, 15 juin 2011, n°2011/277, Juris-Data n°2011-016599
Aix, 2e ch. B, 15 juin 2011, n°2011/268, Juris-Data n°2011-016598

Pierre-Dominique CERVETTI
Rédacteur en chef
ATER
Université Paul Cézanne
Promotion 2007

1. Profession d'avoué ou la chronique d'une mort annoncée. – La disparition des avoués est proche. Selon le texte de loi adopté (Loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011), les tâches jusqu'alors dévolues aux avoués seront, à compter du 1er janvier 2012, réalisées par les avocats. Et s'il ne nous appartient pas ici de disserter sur l'opportunité d'une telle réforme, sinon de porter çà et là quelques jugements convenus, force est de constater que les juges n'ont certainement pas pour intention d'en anticiper l'application. C'est du moins l'enseignement que l'on peut tirer de deux arrêts récemment rendus par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à propos de recours formés contre deux décisions d'opposition à l'enregistrement d'une marque.
Dans chaque affaire, les faits relatés sont quasiment identiques. Une société formait une opposition à l'enregistrement d'un signe distinctif destiné à désigner des produits similaires à ceux qu'elle exploite. Appréciant le risque de confusion que l'enregistrement de la marque peut créer dans l'esprit du public, le directeur de

l'INPI fait droit à l'opposition et rejette la demande d'enregistrement, soutenant qu'un tel signe constitue une imitation illicite de la marque antérieure. Par suite, un avocat fait parvenir au greffe de la Cour d'appel un recours à l'encontre de cette décision. Or, c'est précisément cet acte de procédure qui fait actuellement débat.

2. La mission d'assistance ne se confond pas avec celle de représentation. – Si l'en écrivant ces quelques observations, nous nous rendons bien compte que ces décisions seront bientôt obsolètes, il n'en demeure pas moins qu'une ultime mise en garde doit être adressée aux praticiens. En effet, il est important de rappeler que la mission de représentation emporte nécessairement celle d'assister le justiciable. En revanche, la mission d'assistance peut intervenir sans représentation. L'assistance, exclusive de toute représentation, a lieu lorsque le plaideur est tenu de se présenter lui-même, comme c'est encore le cas en l'espèce. C'est aussi le cas lorsqu'il est prévu que la représentation sera assurée par un autre auxiliaire de justice. Selon l'article 412 du code de procédure civile, « *la mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger* ». Autrement dit, l'avocat qui assiste a pour mission de conseiller, d'une part, et de plaider à l'audience, d'autre part. Si la fonction de conseil se combine avec la fonction de représentation dévolue à un autre, l'avocat assistant est seul à pouvoir plaider (Voy. R. MARTIN et D. LANDRY, « Avocats » : *J.-Cl. Civil Annexes*, Fasc. 10, 2011, n°24 et s.). La fonction de représentation en justice qui se traduit par un mandat d'un type spécial, dit mandat *ad litem*, est définie par l'article 411 du code de procédure civile comme emportant « *pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédure* ». Au regard de ce qui précède, il y a fort à penser qu'une telle distinction survivra à cette réforme. Au 1er janvier prochain, l'avocat devra se montrer particulièrement vigilent quant à la mission qu'il se verra confier par la partie qui fait appel à ses services.

3. L'application en matière de recours contre une décision du directeur de l'INPI. – La procédure de recours exercés devant la cour d'appel contre les décisions du directeur général de l'INPI en matière de délivrance, rejet ou maintien des titres de propriété industrielle nous fournit un bel exemple. Cette procédure répond en effet à un formalisme bien précis dont la méconnaissance entraîne l'irrecevabilité de celui-ci. Ainsi, l'article R. 411-21 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que ledit recours est formé par déclaration écrite adressée ou remise en double exemplaire au greffe de la Cour et comprend les moyens invoqués au soutien du recours. Mais, en l'espèce, c'est l'article R. 411-25 qui doit attirer notre attention. Celui-ci dispose très sobrement que « *le déclarant peut se faire assister par un avocat ou représenter par un avoué* ». En d'autres termes, si la mission d'assistance de l'avocat ne doit pas se confondre avec la mission de représentation de l'avoué, il faut bien en conclure que la mission d'assistance n'emportant pas pouvoir d'accomplir un acte de procédure en lieu et place du mandant, l'avocat est sans qualité pour exercer un recours à l'encontre d'une décision du directeur de l'INPI.

4. Le salut peut venir de la prudence. – En attendant l'entrée en vigueur de la réforme, il faut en appeler à la prudence des avocats. Car, si leur assistance est vivement appréciée par des plaideurs très peu rompus à la pratique judiciaire, il faut s'assurer que ces derniers ne s'en désintéressent pas complètement. Ainsi, il apparaît, dans la seconde affaire rapportée, que le recours formé contre la décision d'opposition à l'enregistrement est recevable au motif que, s'il est incontestable que l'avocat a adressé le recours dont s'agit à la Cour par courrier à en-tête de son étude, celui-ci était bien formalisé par la requérante qui a développé les moyens tendant à critiquer la décision déférée dans un mémoire signé de sa main. Cette dernière précision fait toute la différence puisque la Cour d'appel précise, dans ces circonstances, que le Directeur de l'INPI ne pouvait distinguer le recours et l'exposé des moyens dès lors que ceux-ci ont fait l'objet d'un envoi unique et constituent nécessairement un tout reprenant les mentions obligatoires prévues à l'article R. 411-21 précité.

Notons toutefois que le respect de ces formalités ne gage en rien le succès final du recours. Celui-ci jugé recevable, il appartiendra toujours aux plaideurs de convaincre les magistrats saisis que la confrontation des signes litigieux n'est pas de nature à créer dans l'esprit du public un quelconque risque de confusion. Précisons simplement que celui-ci s'apprécie, comme pour toute action en contrefaçon, globalement en considération de l'impression d'ensemble produite par les marques compte tenu notamment du degré de similitude visuelle phonétique ou conceptuelle entre les signes et au regard d'un consommateur d'attention moyenne qui n'aurait pas simultanément les deux marques en présence.

5. Une réforme qui appellera bien d'autres modifications. – S'il est donc encore exact, en matière de recours exercé devant une Cour d'appel contre une décision d'opposition à l'enregistrement d'un signe distinctif, que l'avocat qui assiste ne représente pas, une telle assertion ne sera bientôt plus d'actualité ! Or, avec l'avoué, c'est toute une règlementation qui doit disparaître. Le législateur le sait bien qui aura très rapidement la lourde tâche de gommer, dans notre droit positif, les références à cette profession vouée à la désuétude. Nul ne doute qu'en telles circonstances, et pour des raisons de commodités, la voie de l'ordonnance sera probablement empruntée. •••

Ce trimestre, la rédaction est heureuse de proposer à ses lecteurs une rubrique intitulée « Un regard rétrospectif sur... », remplaçant, du moins pour ce numéro, notre traditionnelle rubrique au regard décalé. Rendons à César ce qui lui appartient et à Guillaume GRUNDELER l'idée de présenter, à travers un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence rendu le 29 juillet 1915, un regard sur la question de la nationalité de la société. Nul doute qu'un tel commentaire sera l'occasion, pour les praticiens et les universitaires, de se replonger dans l'un des débats qui, sans avoir réellement engorgé nos tribunaux, a défrayé la chronique juridique. •••

Guillaume GRUNDELER
Doctorant contractuel
Centre de droit économique
guillaume.grundeler@gmail.com
Promotion 2009

Faut-il chercher à démasquer la société?

(ou la prise en compte du capital dans la détermination de la nationalité d'une société)[1]

Aix, 1re ch., 29 juill. 1915, Clunet 1918, p. 277

La question de la nationalité des sociétés est de celles qui ont beaucoup plus défrayé la chronique juridique qu'elles n'ont participé à l'engorgement de nos tribunaux[2].

1- Sans doute faut-il attribuer ce phénomène à l'intérêt théorique qu'elle présente – le fait qu'elle s'inscrit dans le débat sur l'anthropomorphisme dont le droit fait preuve en reconnaissant l'existence d'une « personnalité morale »[3]. Accorder aux sociétés une « nationalité », n'est-ce pas achever l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques ? Cependant, l'emploi d'un terme identique est quelque peu trompeur puisque l'assimilation achoppe sur des limites de bon sens : on ne saurait par exemple, reconnaître le droit de vote à une personne morale. Le choix d'employer malgré tout les termes de « nationalité des sociétés » a sans doute favorisé les controverses à ce sujet.

2- L'arrêt commenté fait partie des décisions qui ont compté dans le débat. Il est en effet l'un des premiers à avoir pris en compte la nationalité des associés pour déterminer la nationalité d'une société. Il commence certes aujourd'hui à « dater un peu ». Et à une époque où évoquer dans ses conclusions une décision rendue il y a plus de trente ans est perçu comme une coquetterie inutile, la présentation d'un arrêt rendu voici bientôt un siècle ne manquera pas d'apparaître comme une facétieuse provocation. Sans le nier catégoriquement, on fera néanmoins observer que la solution retenue par l'arrêt est propice à une discussion sur la pertinence des critères actuels de détermination de la nationalité des sociétés. L'arrêt servira donc de prétexte avoué pour un bref retour sur la question.

I - Le relatif effacement du critère du contrôle en droit international privé français

3- A la fin du dix-neuvième siècle, suite à de graves difficultés économiques, la plupart des industriels allemands décidèrent de s'entendre sur leur production et sur leurs prix. A cette fin, des sociétés de capitaux furent créées, avec pour fonction de coordonner la production des industries minières et manufacturières et en assurer l'écoulement. L'un de ces *cartels*, le Syndicat rhénan, avait établi une filiale à Marseille – la Société des Charbons Cokes et Briquettes. Mais peu avant 1914, l'antagonisme entre la France et l'Allemagne poussa le Syndicat à céder à un prête-nom français 155 des 300 actions de la société, qui fut bientôt dissoute et remplacée par une société baptisée Société Provençale des Charbons Cokes et Briquettes. Cette vigoureuse francisation n'empêcha cependant pas, en 1915, le président du tribunal civil de Marseille de prescrire une mise sous séquestre de tous les biens de la société[4].

(1) Cette contribution a fait l'objet d'une précédente publication au Bulletin d'Aix 2011-3. (2) V. les réf. citées *in* J-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Précis, 2ème éd., 2010, note 1, p. 151. (3) V. en particulier : G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n°s 30 et s. (4) L'art. 1er du décret du 27 septembre 1914 disposait : « *à raison de l'état de guerre et dans l'intérêt de la défense nationale, tout commerce avec les sujets des empires d'Allemagne et d'Autriche-Hongrie, ou les personnes y résidant, se trouve et demeure interdit* », cité *in* C. Dominicé, *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, Librairie E. Droz-Librairie Minard, 1961, p. 116, ouvrage en partie disponible sur internet : http://books.google.fr/.

4- La Cour d'appel d'Aix rejeta l'opposition à l'ordonnance par un arrêt du 29 juillet 1915. Voici reproduit une partie des motifs de sa décision : « *Attendu ... que la Société des Charbons Cokes et Briquettes n'est française qu'en apparence ; – qu'en réalité elle est allemande, qu'elle a été fondée par des Allemands, qu'elle avait pour objet l'importation à Marseille et la vente de charbons provenant d'Allemagne ... Attendu que Mante a fait tous ses efforts pour maintenir à la Société des tendances et son caractère allemands ; – que son conseil d'administration était composé d'Allemands ; – que la plupart de ses agents et employés étaient aussi d'origine allemande ; qu'il leur offrait, aux frais de la Société, des réjouissances variées et ne manquait pas de les convier aux fêtes allemandes pour exalter le kaiser et acclamer "l'Allemagne plus grande" ; que la société mise sous séquestre est donc bien allemande ; – qu'elle l'est par son origine, par ses capitaux, par son personnel et par l'objet même de son entreprise commerciale ; ... que la société Provençale n'est que la continuation de la Société des Charbons Cokes et Briquettes à laquelle elle a été substituée ; – qu'elle poursuit la même entreprise commerciale et industrielle, dans les mêmes lieux, avec les mêmes matériels et outillage ; – que c'est donc bien la même Société qui survit et cherche à reprendre son œuvre avec de nouveaux capitaux ; que, sans examiner si la constitution de cette Société a été régulière, il n'est pas douteux qu'elle a le même caractère et les mêmes vices que la précédente et qu'elle tombe elle aussi, pour les mêmes raisons sous l'application du décret du 27 septembre 1914* ».

5- La démarche adoptée par la cour est singulière à deux égards au moins. D'abord, il existe une règle fondamentale de droit international public selon laquelle il appartient à chaque Etat de fixer les conditions d'attribution de sa propre nationalité[5]. Il faudra certes attendre la fin des années vingt pour que cette règle soit explicitement exprimée dans une convention internationale mais elle préexistait à sa formulation[6]. Par conséquent, si elle avait suivi cette méthode, la cour d'appel aurait dû, dans un premier temps, s'interroger sur la nationalité française de la société au moyen des critères traditionnellement dégagés par la jurisprudence[7]. Puis, s'apercevant que la société n'était pas de nationalité française, la cour aurait dû rechercher si, en application des droits allemand et autrichien, la société Provençale des Charbons Cokes et Briquettes avait la nationalité allemande ou autrichienne. Mais, en l'espèce, la cour d'appel ne s'y réfère pas. Au contraire, elle semble appliquer une règle de conflit selon laquelle une société aurait la nationalité de l'Etat avec lequel elle présente les liens les plus étroits. La méthode retenue était sans doute la plus appropriée en l'espèce en raison des hostilités entre la France et les Empires. Par ailleurs, elle n'est pas tout à fait surprenante si l'on se rappelle qu'à cette époque *lex societatis* et nationalité des sociétés étaient confondues[8]. Il n'en reste pas moins que le choix de retenir une méthode de conflit de loi pour déterminer une nationalité est original. La méthode de conflit sera néanmoins reprise par la suite jusqu'à aujourd'hui[9].

6- La décision rapportée présente en outre la particularité de se démarquer de la jurisprudence antérieure par le rejet du critère du siège social. En effet, bien qu'au début du vingtième siècle la loi fût tout à fait muette au sujet de la nationalité des sociétés, le siège social réel commençait déjà d'apparaître comme l'élément central de sa détermination[10]. Pourtant, en l'espèce, la cour d'appel y substitue un faisceau d'indices de rattachement dans lequel elle intègre la nationalité des fondateurs, celle des véritables actionnaires, des membres du conseil d'administration et des salariés ainsi que l'objet économique de l'entreprise (à savoir, écouler en France le charbon produit en Allemagne). La cour use ainsi de critères de rattachement purement objectifs puisque la nationalité de la société est déterminée par des éléments qui échappent totalement à l'emprise de la volonté des associés. Là encore la méthode nous semble pertinente dès lors que, dans ce type de circonstances, l'Etat ne peut que chercher à faire en sorte que son droit reflète la réalité sous peine de se duper soi-même.

7- Pour autant, il ne s'agit pas ici pour la cour d'appel de condamner le critère du siège social. Il apparaît au contraire très clairement à la lecture de l'arrêt qu'elle n'a pas entendu remplacer une fois pour toutes la méthode semi-objective fondée sur le critère du siège social par la méthode purement objective appliquée dans l'arrêt. Les longs développements qui signalent un arrêt d'espèce ainsi que le choix d'un faisceau d'indices plutôt qu'un critère unique, exclusif et déterminant, le démontrent. La jurisprudence de guerre est d'ailleurs généralement arrivée au même résultat sans avoir à contester la nationalité française à la société mise sous séquestre. C'est ainsi qu'au mois de mai 1915, la cour d'Aix avait rendu une décision validant la mise sous séquestre des biens d'une société dont elle reconnaissait pourtant la nationalité suisse. Elle justifia sa décision par le fait que la société avait été constituée à l'origine par des banquiers allemands, qu'elle avait toujours détenu d'importants capitaux allemands et austro-

(5) Cf. J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 9ème éd., 2010, pp. 330 et s. (6) Convention de La Haye du 12 avril 1930 « concernant certaines questions relatives aux conflits de loi sur la nationalité », non entrée en vigueur. (7) Cf. *infra* n° 6. (8) V. par ex. : Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, Librairie Cotillon, 3ème éd., 1900, n°s 1162 et s. ; *adde* la lumineuse analyse de Niboyet : *Traité de droit international privé français*, t. 2, Sirey, 2ème éd., 1951, n° 769 et s. (9) L'emploi d'une méthode de conflit représente aujourd'hui une des différences importantes entre la nationalité des personnes physiques et la nationalité des personnes morales. Cet emploi est d'ailleurs à l'origine des critiques formulées par Niboyet sur l'usage du terme « nationalité » au sujet des personnes morales, terme auquel il préférait celui d' « allégeance politique » : v. not. *op. cit.*, n°s 751 et s. ; *adde*, pour une autre critique de cette méthode : H. Battifol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8ème éd., 1993, n° 193. (10) V. par ex. : Cass. req., 29 mars 1898, *DP* 1899, 1, p. 595 – CA Paris, 18 mai 1909, *DP* 1909, 2, p. 325 ; L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. 1, Dalloz, 2ème éd., 1921, n° 731 ; C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général des sociétés et des associations*, t. 3, Administration du journal des notaires et des avocats-Librairie de la société du recueil Sirey, 3ème éd., 1928, n° 2205.

hongrois et qu'elle avait fait entrer dans ses conseils d'administration et de direction une majorité d'Allemands et d'Autrichiens. On le voit, la motivation est semblable à celle adoptée dans l'arrêt commenté. Toutefois, ici la mise sous séquestre est uniquement justifiée par le décret du 27 septembre 1914, sans que la cour ait éprouvé le besoin de faire un détour par la nationalité de la société. Cette seconde espèce nous semble donc confirmer l'idée selon laquelle, à aucun moment il n'a été envisagé de contester au critère du siège social sa vocation de solution de principe.

8- Pour cette raison, la quasi-disparition après 1918 de la solution fondée sur un faisceau d'indices dont l'élément central est le contrôle n'est pas étonnante. Il s'agissait essentiellement dans l'arrêt rapporté de corriger les imperfections d'un critère de détermination de la nationalité des sociétés qui, dans certaines situations, s'avérait inadéquat. Cependant, alors qu'on avait pu le croire définitivement abandonné, le critère du contrôle réapparut dans un décret du 1er septembre 1939 pour définir encore une fois les entreprises soumises à des mesures de séquestre. Sous l'occupation, il fut également employé par la Cour d'appel de Paris pour exclure une société anglaise du bénéfice de la législation commerciale. Après 1944, la solution classique reprit une nouvelle fois son empire et le critère du siège social semble désormais bien établi. Pour autant, on ne peut exclure que dans des circonstances graves le critère du siège social ne trouve à nouveau à s'appliquer. Ce critère a ainsi joué un certain rôle dans un arrêt rendu suite à un litige né de la décolonisation française en Algérie et du changement de souveraineté territoriale qui en est résulté. Ceci démontre qu'en droit international privé français positif, le critère du contrôle n'a pas disparu : il est immergé, n'attendant que des circonstances favorables pour émerger à nouveau.

II – Le développement du critère du contrôle en droit international des investissements

9- Le critère du contrôle trouve un terrain favorable en droit conventionnel des investissements, que ce soit dans les instruments bilatéraux ou dans les instruments multilatéraux.

10- Les instruments bilatéraux sont essentiellement constitués de traités bilatéraux d'investissement (TBI). Ces conventions aménagent des règles de protection au profit des investisseurs ressortissants des Etats signataires. Or, en vue de la détermination de leur propre champ d'application, elles prévoient des règles relatives à la fixation de la nationalité des investisseurs. En ce qui concerne les règles de détermination de la nationalité des personnes physiques, les TBI renvoient généralement au droit interne des parties contractantes. En revanche, pour ce qui est de la détermination de la nationalité des personnes morales, les TBI prennent plus de liberté par rapport au droit interne des Etats. Par exemple, certains TBI conclus par la France précisent que la société aura soit la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel est situé son siège social, soit la nationalité des personnes qui la contrôlent[18].

11- Les traités multilatéraux usent également du critère du contrôle. L'article 13(a)(ii) de la Convention de Séoul prévoit ainsi que l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) peut délivrer des garanties contre les risques politiques aux personnes morales qui ont leur siège social dans un Etat signataire ou qui sont *contrôlées* par un ressortissant d'un Etat signataire[19]. Le critère du contrôle joue également un rôle important dans la Convention de Washington[20]. En effet, la compétence des tribunaux

(11) CA Aix, 19 mai 1915, *Journ. des soc.*, 1918, p. 176 ; v. égal. dans le même sens : Cass. req., 20 juill. 1915, *DP*, 1, p. 44 : « *en présence des termes du décret du 27 septembre 1914, il est sans intérêt de rechercher si [la société] est suisse ou française, car, quelle que soit la nationalité, elle reste l'instrument par lequel une entreprise allemande faisait le commerce en France* » – CA Paris, 7 juillet 1916, *Journ. des soc.* 1917, p. 94. (12) V. not. Cass. req., 24 déc. 1928, *S.* 1929, 1, p. 121, rapport cons. Bricout, note J.-P. Niboyet ; sur les quelques arrêts rendus pendant l'entre-deux-guerres, cf. Y. Loussouarn, J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n°s 250 et s. (13) CA Paris, 20 mars 1944, *D.* 1945, jurispr., p. 24, note J. Basdevant. (14) V. not. Cass. civ. 1re, 30 mars 1971, pourvoi n° 67-13.873, *Bull. civ.* I, n° 111 ; *JCP* G 1972, II, 17101, note B. Oppetit ; B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5ème éd., 2006, n° 50 – Cass. ass. plén., 21 déc. 1990, pourvoi n° 88-15.744, *Bull. AP*, n° 12 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 70, note G. Duranton : « [pour une société, la nationalité] *résulte, en principe, de la localisation de son siège social réel, défini comme le siège de la direction effective et présumée par le siège statutaire* ». (15) Cass. civ. 1re, 30 mars 1971, préc. (16) Clauses de la Nation la plus favorisée, clause de traitement national, clauses de stabilisation, clause d'intangibilité, clause d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation, etc. (17) V. par ex. : TBI République Française – République dominicaine, *JORF*, 17 juillet 2003, p. 12108 : « *Le terme "nationaux" désigne les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des parties contractantes, conformément à sa législation* ». (18) V. TBI préc. : « *Le terme "société" désigne ... toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci* ». (19) Convention du 11 octobre 1985 « portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements » : « *... toute personne morale [peut être admise] au bénéfice des garanties de l'Agence, sous réserve ... que ladite personne morale soit constituée conformément au droit d'un Etat membre et ait son établissement principal dans ledit Etat, ou que la majorité de son capital soit détenue par un Etat membre ou par des Etats membres ou par des nationaux dudit ou desdits Etat(s) membres, à condition, dans les deux cas ci-dessus, que le pays d'accueil soit un Etat membre différent* ». (20) Convention du 18 mars 1965 « portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements » ; ce traité a institué le CIRDI, Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements, organisme notamment destiné à apporter un support administratif et juridique à des tribunaux arbitraux statuant dans des litiges relatifs à des opérations d'investissement.

arbitraux constitués sous l'égide du CIRDI suppose un élément d'internationalité puisque l'article 25(1) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 dispose que « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique* entre un Etat contractant... et le ressortissant d'un autre Etat contractant *qui sont en relation directe avec un investissement* ». Or, en pratique, la plupart des investissements internationaux sont réalisés *via* la création d'une société de droit local. Dans ces conditions, s'il était fait exclusivement usage des deux critères qui prévalent généralement en matière de détermination de la nationalité des sociétés – le siège social (comme en France) ou l'incorporation (comme au Royaume-Uni) –, le CIRDI trouverait là une sérieuse et inopportune restriction à sa compétence[21]. Pour cette raison, l'article 25 (2)(b) précise que « *Ressortissant d'un autre Etat contractant signifie : ... toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ... et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers* ».

12- Voici une illustration de l'application de ces dispositions. On supposera que l'Etat de Syldavie (bien connu des amateurs des *Aventures de Tintin*), a signé un Traité bilatéral d'investissement (TBI) avec l'Etat de Bordurie. Pour l'application de cette convention, la nationalité des sociétés est déterminée selon le critère de l'incorporation – c'est-à-dire qu'une société est considérée comme ayant la nationalité de celui des Etats dans lequel elle a été *enregistrée*. Par conséquent, la société a la nationalité bordure. On supposera par ailleurs que le TBI inclut une clause compromissoire rédigée en ces termes « chacune des parties contractantes accepte de soumettre au CIRDI les différends qui pourraient l'opposer à un ressortissant ou à une société de l'autre partie contractante ». Imaginons alors que des ressortissants syldaves créent une société de droit bordure afin d'établir une usine en Bordurie. Quelques années plus tard, les autorités bordures prennent possession de l'usine *manu militari*. La société saisit alors le CIRDI d'une demande d'arbitrage sur le fondement de la clause compromissoire insérée dans le TBI. Malgré sa nationalité bordure, elle sera considérée comme syldave, et sa demande sera recevable, à la double condition qu'elle démontre qu'elle est contrôlée par les investisseurs syldaves et que, même implicitement, l'Etat bordure a accepté de considérer qu'elle est de nationalité syldave[22].

13- La solution adoptée paraît mesurée et séduisante mais elle présente l'inconvénient d'être à sens unique. Ainsi, dans plusieurs affaires, des tribunaux arbitraux ont refusé de décliner leur compétence pour connaître d'un litige en rapport avec un investissement réalisé sur le territoire d'un Etat par une société constituée dans un autre Etat, alors que cette société était détenue en majorité par des ressortissants de l'Etat d'accueil de l'investissement[23]. Dans la décision Tokios Tokelès, les arbitres ont justifié leur choix en soutenant que l'article 25(2)(b) avait été conçu pour permettre d'étendre la compétence du Centre et qu'il ne serait dès lors pas opportun d'en user pour la restreindre[24]. Cette règle à sens unique est singulière. Elle est surtout très critiquable car elle est de nature à permettre à un investisseur local d'internationaliser artificiellement un investissement domestique afin de bénéficier des dispositions protectrices d'un TBI et, notamment, de l'éventuelle offre d'arbitrage CIRDI qui s'y trouverait. Pour reprendre notre exemple, un investisseur bordure pourrait, en recourant à une société de droit syldave, bénéficier du TBI Bordurie – Syldavie alors même qu'il réalise son investissement sur le territoire de l'Etat de Bordurie. Certes, si c'est là l'objet unique de la création de la société étrangère, l'opération pourra être considérée comme une fraude[25]. Mais qu'en sera-t-il si la société étrangère n'a pas été créée dans l'unique but de permettre la soumission d'un différend au CIRDI ? On sent bien que, même dans ce cas, si la grande majorité des détenteurs du capital sont des nationaux de l'Etat dans lequel l'investissement est réalisé, la société ne devrait pas pouvoir être considérée comme étrangère. Le critère du contrôle est sans doute le plus adapté en cette matière mais encore faudrait-il qu'il joue son rôle jusqu'au bout.

III – Tentative de mise en ordre

14– Les auteurs de droit international privé s'entendent pour définir la *nationalité* de façon générale comme « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population constitutive d'un Etat* »[26]. Les auteurs de droit international public donnent une définition un peu différente. Pour eux, « *la nationalité est un lien de droit permanent unis-*

(21) Ceci doit être relativisé dans la mesure où les tribunaux CIRDI acceptent de considérer que les actionnaires étrangers de sociétés locales ont qualité pour agir en réparation d'atteintes portées aux droits de ces sociétés : Antoine Goetz et consorts c. Burundi, sentence du 10 févr. 1999, aff. CIRDI n° ARB/95/3, n° 86 et s. ; Sempra energy international c. Argentine, 11 mai 2005, aff. CIRDI n° ARB/02/16 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, A. Pedone, 2010, p. 95 ; cependant une telle jurisprudence ne nous paraît pas conforme à la Convention de Washington car il est évident que l'article 25(2)(b), v. *infra*, serait en grande partie privé d'effet utile si les actionnaires pouvaient de toute façon agir directement en leur nom personnel. (22) Pour plus de détails sur cette question, v. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, coll. des travaux du CREDIMI, 2004, n°s 152 et s. (23) Tokios Tokelès c. Ukraine, décision sur la compétence du 29 avril 2004, aff. CIRDI n° ARB/02/18 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, A. Pedone, 2010, p. 10 – Rompetrol c. Roumanie, décision sur la compétence du 18 avril 2008, aff. CIRDI n° ARB/06/3 ; E. Gaillard, *op. cit.*, p. 453. (24) « *L'utilisation d'un critère de contrôle pour définir la nationalité d'une société afin de restreindre la compétence du Centre serait en contradiction avec l'objet et le but de l'article 25(2)(b)* », décision préc., n° 46, notre traduction. (25) Ou bien comme un investissement réalisé *de mauvaise foi* et, comme tel, insusceptible de donner prise à la compétence au Centre, v. en ce sens : Phoenix action, Ltd c. République Tchèque, sentence du 15 avril 2009, aff. CIRDI n° ARB/06/5 ; *JDI* 2010, n° 2, p. 508, obs. Gaillard (26) *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), PUF, coll. Quadrige, 1re éd., 2003, *V°* « Nationalité » par P. Lagarde.

sant un être et un Etat »[27]. En réalité, ces deux définitions se complètent, la première insistant sans surprise sur la dimension horizontale de la nationalité (les rapports entre individus), la seconde sur sa dimension verticale (le rapport individu - Etat). Cependant, ces définitions de la nationalité ont sans doute été conçues en référence à la nationalité des personnes physique. Dès lors, la question se pose de savoir si la nationalité des sociétés présente également ces deux dimensions. Pour répondre, il convient de déterminer dans un premier temps ce que n'est pas la nationalité des sociétés ou ce qui n'en relève pas.

15- D'abord, rappelons une affirmation évidente déjà relevée[28]: parce que la personne morale ne présente pas les mêmes caractéristiques que la personne physique, la nationalité de la personne morale n'implique pas les mêmes effets que la nationalité de la personne physique. Ainsi, la société n'a pas de droits politiques et ne peut assumer des fonctions publiques ou s'acquitter d'un devoir civique. Au surplus, la société ne pouvant se marier, ni établir sa filiation, pas plus qu'elle ne peut être déclarée incapable, elle ne dispose pas d'un statut personnel. L'attribution de la nationalité n'aura donc pas, à ce point de vue, les mêmes conséquences juridiques pour la personne morale et la personne physique.

16- Si la nationalité de la personne morale ne correspond pas à la nationalité de la personne physique, elle ne correspond pas non plus à la loi applicable à la société. En effet, il devient difficile de soutenir que la *lex societatis* résulte de la nationalité. De nombreux auteurs insistent aujourd'hui sur leur nécessaire distinction[29]. La jurisprudence semble aller dans le même sens : alors que traditionnellement la Cour de cassation assimilait *lex societatis* et loi nationale[30], elle a, plus récemment, fait application du critère du siège social pour déterminer la *lex societatis*, sans évoquer la nationalité de la société[31]. La solution est conforme aux textes puisque les articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce – qui déterminent la loi applicable aux sociétés –, n'évoquent pas la nationalité mais seulement le siège social[32]. Par ailleurs, l'identité du critère de détermination de la nationalité et de la loi applicable – la localisation du siège social –, avait pu faire croire à une identité des concepts. Mais le critère du siège social n'est pas appliqué avec la même rigueur dans les deux cas. Alors qu'il n'y est pas dérogé pour déterminer la loi applicable à la société[33], il arrive aux juges, dans certaines circonstances, et au législateur, dans certains domaines, d'y substituer le critère du contrôle pour déterminer la nationalité d'une société[34].

17- Enfin, il nous semble que les restrictions à la jouissance des droits économiques par les étrangers sur le territoire français sont fort entamées. La Cour de cassation leur a donné un sérieux coup de boutoir en affirmant en 1948, sur le fondement de l'article 11 du Code civil, qu'il « est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés »[35]. Il subsiste certes encore quelques une de ces dispositions d'un autre âge qui refusent aux étrangers le bénéfice de droits économiques. A cet égard, le refus d'accorder le droit au renouvellement du bail commercial aux étrangers est emblématique[36]. Mais en raison du droit européen et des diverses conventions bilatérales conclues par la France, ces dispositions ont un champ d'application relativement réduit et finiront par disparaître. Ce qu'il en reste ne pourra résister longtemps face aux assauts des principes de non-discrimination et de liberté de la concurrence. Peut-être une Question Prioritaire de Constitutionnalité pourrait-elle hâter sa chute ?

18- De la nationalité des sociétés, que reste-t-il alors ? La protection diplomatique très certainement. Le bénéfice des traités qui créent des droits dans le chef des individus également. Le privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil résulte lui aussi de la nationalité de la société. Les articles 113-6 et 113-7 du Code pénal prévoient l'application extraterritoriale de la loi pénale française pour les crimes et certains délits commis ou subis par des Français à l'étranger. Ces dispositions concernent-elles les personnes morales françaises ? Dès lors que l'on accepte de dire que les sociétés ont une nationalité, rien ne s'y oppose.

19- Ainsi réduite, la nationalité des sociétés semble retrouver une forme de cohérence. Sans doute au fond en arrive-t-on à une conception de la nationalité des sociétés assez proche de ce que Niboyet préférait appeler leur « *allégeance politique* »[37]. La « nationalité » des sociétés y apparaît alors dans sa seule dimension verticale[38]. Elle semble être avant tout la présomption d'un certain attachement, d'une certaine confiance réciproque entre un Etat et une société.

20– C'est parce qu'on présume qu'il existe un lien affectif entre un Etat et une société que le droit interna-

(27) J. Combacau et S. Sur, *op. cit.*, p. 327. (28) Cf. *supra*, n° 1. (29) V. spéc. : P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Précis Domat, 10ème éd., 2010, n° 1031 ; *adde* J.-M. Jacquet *et alii*, *op. cit.*, n°s 258 et s. ; J. Béguin, « La nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique », *in Le droit privé français à la fin du XXème siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 859, n°s 7 et s. ; R. Libchaber, note sous Cass. com., 9 avril 1991, *Bull. civ.* IV, n° 123, pourvoi n° 89-15.362, *Rev. sociétés* 1991, p. 746 ; M. Menjucq, note sous Cass. civ. 1re, 8 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 345, pourvoi n° 96-19.514 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284. (30) V. par ex. : Cass. com., 21 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, pourvoi n° 85-13.173 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 398, note H. Synvet. (31) Cass. civ. 1re, 8 déc. 1998, préc. (32) Al. 1er : « Toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française », al. 2 : « Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu ». (33) V. par ex., Cass. civ. 1re, 8 déc. 1998, *Bull. civ.* I, n° 345, pourvoi n° 96-19514 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 284, note M. Menjucq. (34) Cf. *supra* § I et II. (35) Cass. civ., 27 juill. 1948, *D.* 1948, p. 535. (36) V. égal. C. com, art. L 225-123, qui autorise la société anonyme à réserver l'attribution d'un droit de vote double aux actionnaires français, ressortissants de l'Union Européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen. (37) Cf. note *supra*, n° 5. (38) R. Libchaber, art. préc. ; dans le même sens, M. Menjucq, art. préc.

tional public permet à l'Etat d'accorder sa protection sur la société. C'est pour cette même raison que l'Etat lui-même réserve certains domaines sensibles de son économie à ses nationaux. Reste alors à faire le choix de critères de détermination de la nationalité des sociétés. Et ici, il nous semble que la présomption de lien affectif devrait résulter du critère du contrôle. Du moins, le contrôle doit-il être au centre de l'éventuel faisceau d'indices utilisé pour déterminer la nationalité des sociétés. En effet, si en matière de loi applicable, la stabilité et l'autonomie de la volonté doivent primer, en matière de nationalité, il faut d'abord chercher à accrocher le réel. Or, dans le domaine politique, l'expression d'une volonté est toujours suspecte. Il est donc nécessaire de s'attacher aux données les plus objectives qu'on puisse trouver et la nationalité des associés est l'élément le plus objectif. Les magistrats aixois l'avaient bien compris et des auteurs l'ont fort bien formulé : « *Derrière la façade de la société, il faut voir les êtres vivants et agissants qui sont les associés. Si on admet ... qu'une société a une nationalité, cette nationalité ne peut être autre que celle des individus qui la composent* »[39]. Certainement, on opposera à cette solution le fait que, dans les sociétés de capitaux, il est souvent très difficile de déterminer qui est l'« associé en bout de chaîne ». La superposition de sociétés, éventuellement incorporées dans des paradis fiscaux, peut, certes, rendre la recherche de la nationalité d'une société difficile. Mais sans doute des solutions sont possibles. Peut-être pourrait-on considérer que le lieu du siège social présume de façon réfragable la nationalité de la société ?

21- En conclusion, on fera remarquer que si la société est bien une personne, sa figure est dans l'ombre de son capuchon gris. Faut-il alors chercher à surprendre son véritable aspect ? Faut-il lui enjoindre de se découvrir un instant ? Les avis divergent. Ce qui est sûr, en revanche, c'est que, parfois, il est prudent de jeter un œil indiscret sous la capuche![40] •••

(39) L. Lacour et J. Bouteron, *op. cit.*, n° 732. (40) V. Hergé, *Les cigares du pharaon*, Casterman, 1955, p. 53 et s.

PROCHAINEMENT

M. Nicolas BRONZO

soutiendra sa thèse le 9 décembre 2011, à 9h30, salle du Conseil n°1

« PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET VALORISATION DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE PUBLIQUE »

Membres du jury

Mme Dominique VELARDOCCHIO, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (Co-Directrice de recherche)

Mme Jocelyne CAYRON, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (Co-Directrice de recherche)

M. Thierry LAMBERT, Professeur à l'Université de Nancy

M. Etienne VERGES, Professeur à l'Université de Grenoble

Mme Agnès ROBIN, Maître de conférences à l'Université de Montpellier I

Julia HEINICH
ATER
Centre de droit économique
juliaheinich@yahoo.fr
Promotion 2008

Les brèves en droit des affaires

Cette chronique « actualités » nous présente un panorama de jurisprudences qui ont marqué le droit des affaires. Les arrêts rapportés couvrent la période qui s'étend de janvier 2011 à juin 2011 •••

Droit commercial

Vente avec réserve de propriété et subrogation réelle

Cass. com., 18 janv. 2011, n° 07-14.181

La revente d'un bien acquis avec réserve de propriété opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur réservataire du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du revendeur, sans que le sous-acquéreur puisse lui opposer les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre le revendeur.

Exploitation commerciale et statut de fonctionnaire

Cass. civ. 3e, 16 févr. 2011, n° 09-71.158

Les fonctionnaires consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées, ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. La qualité de fonctionnaire est incompatible avec celle de commerçant.

Lettre d'intention et obligation de résultat

Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16.186

L'engagement d'une société de faire en sorte que la situation financière et la gestion de sa filiale soient telles qu'elle puisse à tout moment remplir ses engagements est constitutif d'une obligation de résultat.

Droit des sociétés

Société civile de moyens et clause de non-réinstallation

Cass. com., 1er mars 2011, n° 10-13.795

La stipulation du règlement intérieur d'une société civile de moyens apportant des restrictions au libre exercice de leur profession par les associés de la société à travers une clause de non-réinstallation est incompatible avec les statuts de cette dernière, lui donnant pour seul but de faciliter l'exercice de l'activité de chacun de ses membres.

Clause de non-concurrence et pacte d'actionnaires

Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13.824

La clause de non-concurrence inscrite dans un pacte d'actionnaires obéit aux mêmes règles de validité que celle inscrite dans une contrat de travail : « Lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

Droit des obligations

Responsabilité du fait d'autrui

Cass. civ. 2e, 17 févr. 2011, n° 10-30.439

« Pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur ; que seule la cause étrangère ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité ». L'arrêt est rendu sous le visa des articles 1er, 4 et 7 de l'article 1384 du Code civil.

Responsabilité du fait d'autrui – Assurance

Cass. civ. 2e, 17 mars 2011, n° 10-14.468

Le préposé qui a trouvé dans l'exercice de sa profession sur son lieu de travail et pendant son temps de travail les moyens de sa faute et l'occasion de la commettre, fût-ce sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, n'a pas agi en dehors de ses fonctions. Son commettant est donc responsable des dommages qu'il a ainsi causés.
La faute intentionnelle dolosive de l'assuré étant seule de nature à exonérer l'assureur de son obligation à garantie, l'assureur est tenu à garantie dès lors que les faits fautifs ont été commis par le préposé de l'assuré.

Dommages-intérêts prévisibles

Cass. civ. 1re, 28 avr. 2011, n° 10-15.056

L'article 1150 du Code civil dispose que le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts prévus ou prévisibles au moment de la formation du contrat sauf si l'inexécution résulte d'un dol. La Cour d'appel qui condamne la SNCF à rembourser les frais et préjudices de voyageurs dont la poursuite du voyage à Cuba avait été rendue impossible en raison d'un retard du train devant les conduire à la gare Montparnasse ne donne pas de base légale à sa décision en ce qu'elle n'explique pas en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale des voyageurs, et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien.

Rétractation de la promesse unilatérale de vente

Cass. civ. 3e, 11 mai 2011, n° 10-12.875

Dans le cas d'une promesse unilatérale de vente, la perfection de la vente ne peut être constatée après rétractation du promettant, « la levée de l'option par le bénéficiaire postérieurement à la rétractation excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir ».

Agression et force majeure

Cass. civ. 1ere, 23 juin 2011, n° 10-15.811

L'agression mortelle d'un voyageur dans un train constitue pour la SNCF un événement de force majeure, imprévisible et irrésistible, lorsque l'individu s'était soudainement approché du passager et l'avait poignardé sans avoir fait précéder son geste de la moindre parole ou de la manifestation d'une agitation anormale, et qu'un tel geste, en raison de son caractère irrationnel, n'eût pu être empêché ni par un contrôle à bord du train des titres de transport, faute pour les contrôleurs d'être investis du pouvoir d'exclure du train un voyageur dépourvu de titre de transport, ni par la présence permanente d'un contrôleur dans la voiture, non plus que par une quelconque autre mesure à bord du train.

Infraction commise par le préposé et abus de fonctions

Cass. civ. 2e, 12 mai 2011, n° 10-20.590

Le commettant ne s'exonère de sa responsabilité de plein droit que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions.
La seule constatation de la commission d'une infraction intentionnelle par le préposé est impropre à établir l'existence d'un abus de fonctions susceptible d'exonérer le commettant de la responsabilité qu'il encourt sur le fondement de l'article 1384, al. 5 du Code civil.

Droit des entreprises en difficultés

Infirmière libérale : surendettement ou procédures collectives ?

Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-13.460

Une infirmière libérale, personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un régime législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé relève, depuis le 1er janvier 2006, des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ; cette personne est donc exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation.

Cautionnement et absence de déclaration de créance

Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71.113

La caution n'est pas déchargée de son engagement si le créancier a omis de déclarer sa créance entre les mains du liquidateur judiciaire du débiteur principal lorsqu'elle ne pouvait tirer aucun avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptibles de lui être transmis par subrogation.

Droit social

Recours au travail temporaire

Cass. soc., 2 mars 2011, n° 10-13.634

L'employeur qui fait accomplir aux salariés temporaires, en plus de leur travail habituel, celui de salariés grévistes, viole les règles du recours au travail temporaire (article L. 1251-10, 1° du Code du travail), même si les intérimaires étaient en poste avant le début du conflit.

Délégation du pouvoir de licencier au sein d'une association

Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-45.422

Dès lors que la délégation de pouvoir consentie par le président d'une association mentionne exclusivement la possibilité de recruter et de signer les contrats de travail, elle ne permet pas à son bénéficiaire de décider d'un licenciement.

Loi applicable au contrat de travail

CJUE, gr. ch., 15 mars 2011, aff. C-29/10

Conformément à l'article 6, § 2, a) de la Convention de Rome du 19 juin 1980, la loi applicable au contrat de travail à défaut de choix est la loi du lieu d'accomplissement habituel de l'activité. Lorsque le salarié exerce ses activités dans plus d'un Etat contractant, le pays dans lequel le travailleur, dans l'exécution du contrat, accomplit habituellement son travail au sens de cette disposition est celui où ou à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur.

Remplacement définitif d'un salarié malade par l'embauche d'un nouveau salarié

Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334

Si l'article L. 1132-1 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié.

Licenciement pour des faits relevant de la vie privée du salarié

Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67.464

Un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail ; le fait pour un salarié qui utilise un véhicule dans l'exercice de ses fonctions de commettre, dans le cadre de sa vie personnelle, une infraction entraînant la suspension de son permis de conduire ne saurait être regardé comme une méconnaissance par l'intéressé de ses obligations découlant de son contrat de travail.
Est sans cause réelle et sérieuse le licenciement disciplinaire d'un salarié dont le permis de conduire, nécessaire à l'exercice de ses fonctions, a été retiré à la suite d'infractions commises dans le cadre de sa vie personnelle.

Droit de la propriété littéraire et artistique

Indemnisation de la contrefaçon sur Internet

Cass. crim., 18 janv. 2011, n° 10-83.956

En matière de contrefaçon de logiciels sur Internet, le préjudice matériel est à fixer au regard essentiellement de la perte de bénéfice engendrée par la fraude, compte tenu du prix de vente des logiciels en cause.
La réparation de l'atteinte aux droits moraux dont jouit l'auteur de toute œuvre de l'esprit ne peut être évaluée indépendamment du nombre d'actes de contrefaçon commis.

Responsabilité du site contributif de partage de vidéos

Cass. civ. 1re, 17 févr. 2011, n° 09-67.896

Le responsable d'un site Internet contributif de partage de vidéos qui ouvre l'accès, par lecture en continu, à un film protégé par le droit d'auteur, est fondé à revendiquer le statut d'intermédiaire technique au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : la qualification d'hébergeur est donc retenue par la Cour aux sites de partage de vidéos.
La notification de la mise en demeure de procéder au retrait immédiat de l'œuvre protégée doit comporter l'ensemble des mentions légalement prescrites permettant à l'opérateur de disposer de tous les éléments nécessaires à l'identification du contenu incriminé pour être opposable au responsable du site.

Contrefaçon et Google suggest

CA Paris, 3 mai 2011, n° 10/19845

La suggestion par l'outil *Google suggest* de sites contrefaisants ne constitue pas, en elle-même, une atteinte au droit d'auteur, et *Google* ne saurait être tenu pour responsable du contenu éventuellement illicite des fichiers échangés figurant sur les sites incriminés ni des actes des internautes recourant au moteur de recherche en vertu de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle. La suppression de cette outil ne permettrait pas en effet de contribuer à remédier à l'atteinte.

Inclusion fortuite d'une œuvre

Cass. civ. 1re, 12 mai 2011, n° 08-20.651

La présentation des illustrations d'une méthode de lecture dans un film étant accessoire au sujet traité, résidant dans la représentation documentaire de la vie et des relations entre maître et enfants d'une classe unique de campagne, doit être regardée comme l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au monopole d'auteur, au sens de la directive (CE) 2001/29 du 22 mai 2001, telle que transposée par le législateur français en considération du droit positif.

Droit de la consommation et du crédit

Action collective en suppression des clauses abusives

Cass. civ. 1re, 3 févr. 2011, n° 08-14.402

L'action en suppression de clauses illicites ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs est une action préventive, ayant vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée.

Application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation à une personne morale

Cass. civ. 1re, 23 juin 2011, n° 10-30.645

Un syndicat de copropriétaires peut bénéficier de l'application de l'article L. 136-1 du Code de la consommation, qui ne vise pas exclusivement les personnes physiques. Les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions précitées, applicables à la reconduction des contrats concernés, dès lors que le délai imparti au prestataire de services par le premier alinéa pour donner l'information requise n'avait pas commencé à courir à la date d'entrée en vigueur de l'article 33 de la loi du 3 janvier 2008.

Droit des assurances

Non-discrimination fondée sur le sexe en assurance

CJUE, 1er mars 2011, aff. C-236/09

Il existe un risque que la dérogation à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes prévue par la directive 2004/113/CE soit indéfiniment permise par le droit de l'Union. Dès lors, une disposition qui permet qui permet aux Etats membres concernés de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Dans le secteur des services des assurances, la dérogation à la règle générale des primes et des prestations unisexes est invalide avec effet au 21 décembre 2012.

LES CAHIERS DE DROIT DU SPORT N°24
Directeurs :
Michel BOUDOT, Bastien BRIGNON, Jean-Michel MARMAYOU
Président du Comité de lecture :
Didier PORACCHIA

Présentation
(extrait de l'Editorial n°1 par Jean-Michel MARMAYOU et Fabrice RIZZO)

Le droit du sport n'a pas besoin pour exister de former un corpus enclos, un droit d'exception par essence incompatible avec les dispositions générales de notre droit. L'exception sportive, telle que certains la promeuvent, comme traduisant une indissolubilité du sport dans le droit commun, est un ferment de racornissement.

Le droit commun, raisonnablement appliqué, exploité dans toutes ses possibilités de dérogation et d'exemption, permet la prise en compte de la singularité du secteur du sport. On peut y trouver les bons points d'équilibre entre la reconnaissance de la spécificité du sport et le respect des principes fondamentaux de notre ordre juridique.

Or, le droit du sport existe car son champ d'application, son terrain d'élection, la substance qui rend nécessaire la norme, existe : c'est l'activité.
L'activité sportive, purement sportive d'abord, qui attribue un rôle éminent à deux composantes fondamentales de l'ordre juridique : le règlement de jeu et l'arbitre magistrat. L'activité sportive, en tant qu'activité marchande ensuite, qui se trouve évidemment soumise aux lois du marché et aux contraintes de droit étatique : droit civil, droit commercial, droit fiscal, droit de la concurrence, ...

Rencontres économiques

8, 9 et 10 juillet 2011

Compte rendu

Guillaume GRUNDELER
Doctorant contractuel
Centre de droit économique
guillaume.grundeler@gmail.com
Promotion 2009

Du 8 au 10 juillet 2011, se sont tenues les désormais traditionnelles *Rencontres économiques d'Aix-en-Provence*. Cet évènement – organisé chaque année par le Cercle des économistes, en collaboration avec l'Université Aix-Marseilles III et le Festival d'art lyrique – avait pour titre en 2011 « Le monde dans tous ses Etats ». Voici comment Jean-Hervé Lorenzi, le président du Cercle des économistes, a résumé la question qui était posée à travers les seize sessions programmées : « Le retour récent de l'intervention publique n'était-il qu'une période de transition, une simple phase de remise en ordre des sociétés en péril ? … les régulations variées, au cœur de toutes les discussions des économistes et des politiques, sont-elles les réponses passagères à nos incertitudes et à nos inquiétudes »[1] ?

L'une de ces sessions, consacrée à la régulation financière[2], pouvait tout particulièrement intéresser les lecteurs de L'Affairé.

Dès l'introduction, Catherine Lubochinsky, professeur d'économie à l'Université Paris II, a indiqué qu'il ne faut pas attendre trop de la régulation car elle ne saurait empêcher la survenue de crises. Ramenée à des dimensions plus modestes, la régulation devrait alors être envisagée comme un simple moyen de réduire les occurrences de crises et de limiter leurs effets lorsqu'elles surviennent.

Par la suite, Olivier Klein, membre du directoire de BPCE, a rappelé que les règles prudentielles imposées aux banques – et destinées à assurer leur solidité financière – avaient paradoxalement été à l'origine de leur déstabilisation lors de la crise des *subprimes,* en raison de la titrisation que ces règles ont encouragée. Or, a fait remarquer l'intervenant, la réglementation issue des accords Bâle III, plus exigeante encore en fonds propres, devrait être de nature à amplifier ce phénomène. Par ailleurs, le renforcement des contraintes prudentielles devrait, selon lui, avoir pour effet de gonfler encore le *shadow banking* (qui désigne les structures d'investissement qui échappent à la réglementation prudentielle, tels les *hedge funds*), ce qui ne va pas dans le sens de la limitation des risques systémiques. Et ce d'autant plus que les banques prêtent beaucoup aux *hedge funds* !

Pour ne rien arranger à ces prévisions peu optimistes, Bruno Angles, président de la filiale française de la Banque d'investissement australienne Macquarie, a averti des effets pervers de la directive Solvabilité II. En effet, la directive impose aux assureurs un ratio de fonds propres très lourd pour tout investissement peu liquide. Ceci favorisera nécessairement les investissements financiers de court terme au détriment des prises de participation plus durables. Certes, la préoccupation première est ici d'assurer la stabilité du système financier. Mais pourquoi alors ne pas prendre en compte le degré de risque des actifs ?

Jean-Claude Bassien, président de Crédit Agricole Cheuvreux (courtage), a quant à lui traité du problème posé par les *traders à haute fréquence*. « Ces nouveaux acteurs, a-t-il expliqué, utilisent des algorithmes de *trading* sophistiqués leur permettant, sur des laps de temps très courts, de capturer la meilleure fourchette sur une valeur ou d'arbitrer des micro-décalages de cours ». Seulement, puisque ce comportement est très procyclique, il est susceptible d'amplifier démesurément et rapidement les déséquilibres (cf. le *flash crash* du 6 mai 2010 aux Etats-Unis). Afin d'encadrer cette activité, M. Bassien a notamment proposé de permettre au régulateur, dans le cas où il observerait une volatilité trop grande sur certains titres, de limiter temporairement la fluidité du marché.

Il est revenu à Maître Jean-Pierre Martel de présenter la dernière contribution. Et, interrogé sur la question « faut il des règles uniformes ? », il a répondu qu'il s'agissait là d'un vœu pieux, ajoutant qu'en tout état de cause, sauf à avoir un juge commun, une identité de règles n'aboutirait pas à une régulation uniforme.

Pour finir sur une note militante, on regrettera que, sur quatorze ou quinze intervenants[3], les organisateurs n'aient pas trouvé plus d'un juriste pour traiter d'un sujet qui paraît, malgré tout, relativement juridique ! Une sous-représentation qui, malheureusement, est sans doute représentative de la place des juristes dans l'établissement des règles économiques. •••

(1) Les échos du 8 et 9 juill. 2011, n° 20970, suppl. spéc. Aix-en-Provence, p. 3. (2) « Finance mondiale, les Etats doivent innover ». Les travaux préparatoires aux différentes sessions peuvent être consultés sur le site des Rencontres économiques : www.lesrencontres-economiques.fr (3) Nous n'avons pas présenté toutes les contributions.

Focus sur...

« Les nouveaux biens »

Pour cette seconde livraison de la nouvelle formule du Journal de l'Institut de droit des affaires, la Rédaction est heureuse de proposer à nos lecteurs quelques réflexions sur le thème des « nouveaux biens ». Deux critères permettent sans doute de définir cette notion. Tout d'abord, comme ce qui est nouveau dépend de l'air du temps, nous conviendrons sans mal qu'un bien nouveau est fortement lié à l'actualité. Ensuite, il est important de compléter ce critère temporel d'un critère juridique. Selon ce dernier, toutes choses, corporelles et incorporelles, utiles et appropriables, dont la nature intrinsèque ne permet pas qu'on leur applique *in extenso* l'ensemble des attributs propriétaires posés par l'article 544 du Code civil sont susceptibles d'intégrer cette catégorie. Autrement dit, sont des biens nouveaux les choses qui ne rentrent pas dans le cadre traditionnel posé par le Code, tant sur le terrain de l'acquisition du droit de propriété que sur celui de son exploitation, dès lors qu'elles sont dotées d'une valeur économique certaine. Partant de cela, la tentation était grande d'aborder cette question sous l'angle analytique. Et comme la meilleure façon de résister à la tentation est d'y céder, nos contributeurs y ont allègrement cédé, laissant à d'autres cieux (un futur colloque sur ce thème, pourquoi pas?) l'analyse synthétique qui s'impose. C'est ainsi que seront successivement présentées quelques réflexions « éparses » sur le « capital humain » et la valeur économique qu'il peut représenter (V. la contribution de B. BRIGNON), sur les « nano-biens », ou le droit de l'infiniment petit (V. la contribution de N. BRONZO) et sur le monopole d'exploitation des organisateurs de compétitions sportives (V. notre contribution).

Il est là encore évident qu'un tel thème pouvait appeler bien d'autres développements. Mais comme précédemment, gageons pour l'avenir que ce dossier soit l'occasion d'une discussion nourrie sur ce que sont - ou sur ce que doivent être - ces biens particuliers! •••

Pierre-Dominique CERVETTI

31 ***Des biens, des hommes et des sociétés***

Par Bastien BRIGNON

35 ***Les nano-biens***

Par Nicolas BRONZO

39 ***Le monopole d'exploitation des manifestations sportives est loin d'être absolu***

Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 mars 2011

Par Pierre-Dominique CERVETTI

Bastien BRIGNON
Maître de conférences
Université Paul Cézanne
Aix-Marseille III
Centre de droit économique (EA 900)
Centre de droit du sport
Promotion 2002

Des biens, des hommes et des sociétés

1. Notion de « bien » - Notion de « droits ». En droit civil, le « *bien* » peut être défini comme « *tout droit subjectif patrimonial* » ou « *toute chose objet d'un droit réel* »[1], ou comme un « *objet mobilier ou immobilier qui peut être approprié* » ou l'« *ensemble de droits réels présents dans le patrimoine d'une personne, portant sur des biens corporels et incorporels* »[2], ou encore comme « *toutes les choses utiles qui (...) sont susceptibles d'appropriation privée* »[3]. On le voit, la notion de « *biens* » est souvent associée à celle de « *droits* », à tel point qu'« *on se demande aujourd'hui si seuls les droits ne sont pas des biens* »[4]. Par souci de simplification, encore que cela prête à discussion, on assimile souvent les notions de « *droits* » et de « *biens immatériels ou incorporels* », en considérant que les droits sont en fait des biens, mais des biens immatériels ou incorporels. Loin de l'adage *res mobilis res vilis*, il est vrai qu'aujourd'hui, ce sont surtout des biens de cette nature qui représentent des valeurs considérables. On pense aux clientèles, à certaines autorisations administratives[5], au savoir-faire, à la clause de non-concurrence, à la notation positive donnée par une agence, au label, à la notoriété, et plus généralement aux droits intellectuels, qui, il faut bien l'admettre, s'accordent mal avec la distinction entre les droits réels et les droits personnels ou avec celle entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux[6].

2. Notion de « bien » - Extension. Par ailleurs, en lien avec un phénomène de patrimonialisation croissante, la notion de « *bien* » s'avère être en perpétuelle extension[7]. Aussi, afin de prendre en considération l'émergence de nouveaux biens, il devient alors fondamental de dissocier propriété et biens[8] et de raisonner en terme de valeurs. Dissocier propriété et biens permet de faire apparaître, à côté des propriétés mobilières et immobilières, corporelles ou incorporelles, voire intellectuelles, des non-propriétés qui constituent cependant des valeurs. Ainsi par exemple, le droit d'utiliser un bien sans en être propriétaire grâce au contrat de crédit-bail, le droit de recevoir les fruits de titres sociaux démembrés grâce à la technique de l'usufruit, le droit de vendre des médicaments grâce à l'autorisation de mise sur le marché, le droit d'utiliser telle ou telle enseigne, tel ou tel nom commercial, le droit d'exploiter telle ou telle clientèle grâce au droit de présentation dans les cessions de clientèles civiles, etc. On pourrait encore observer que certaines valeurs peuvent n'apparaître qu'à l'occasion d'une opération indirecte. Ainsi en va-t-il de la valeur des investissements, ou des valeurs qui n'apparaissent qu'à l'occasion de l'évaluation d'un préjudice contractuel lié à une rupture fautive de contrat, ou encore de la valeur de la notoriété qui n'apparaît qu'à travers la sanction d'un parasitisme. Autre exemple : l'abus de biens sociaux. Dans l'abus de biens sociaux en effet, c'est parce que tel ou tel bien représente une certaine valeur que précisément ce bien risque d'être détourné. Un bien qui, pour la société, n'aurait que peu de valeur, ne serait pas susceptible d'attirer la convoitise. De même, certaines valeurs peuvent n'apparaître qu'à l'occasion d'une opération de cession, comme par exemple dans les réalisations des actifs d'une société en liquidation judiciaire. Enfin, le bien ne doit plus être pensé uniquement comme une source d'enrichissement : le bien peut être une charge, il peut avoir une valeur négative[9]. Tel est le cas des terrains pollués[10].

Loin de l'adage *res mobilis res vilis*, il est vrai qu'aujourd'hui, ce sont surtout des biens immatériels qui représentent des valeurs considérables

(1) R. Guillien et J. Vincent, sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier, Lexique des termes juridiques, 14ème éd., Dalloz, 2003, p.73. (2) Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la direction de R. Cabrillac, Litec, 2002, p. 46. (3) G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauvau, Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens, 1ère éd., 1896, n°10, p.10, cité *in* Ch. Atias, Droit civil, Les biens, 9ème éd., 2007, n°1. (4) J.-B. Seube, *op. cit.*, n°42. (5) V. les développements très pertinents de Th. Soleilhac, Vers une commercialité des autorisations administratives, AJDA 2007, Études, p.2178. (6) J.-B. Seube, *op. cit.*, n°2 et n°42. (7) Voir la thèse de M. P. Berlioz sur « La notion de bien » (LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 489, préf. L. Aynès, 2007) pour lequel « l'extension sans limite » de cette notion « peut avoir des conséquences nocives sur l'économie même » (n°21). L'auteur insiste sur l'importance de clairement délimiter le champ d'application du bien et de le distinguer d'autres notions desquelles il est souvent rapproché : le bien n'est pas une personne ; il n'est pas un actif ; il est plus restreint que la propriété. Le bien est, selon lui, une chose (« mais toutes les choses ne sont pas des biens », n° 1726) appropriée et saisissable. Partant, alors que le bien peut être confondu avec l'actif du patrimoine, si l'on définit le bien par la valeur (n°516 et s.), l'actif se révèle être une notion plus large que celle de bien (n°702 et s.). Car le bien, à la différence de l'actif, est toujours saisissable (n°1711). Aussi, l'une des idées « phares » de M. Berlioz est d'envisager le bien dans un rapport « externe », avec les tiers (V. préf. L. Aynès) : l'une des caractéristiques essentielles du bien est de constituer le gage des créanciers (n°39). Ce qui fait la valeur du bien, c'est son utilité pour le créancier. (8) H. Lécuyer, Redéfinir et définir les biens ?, *in* « Quatre-vingt ans de La Semaine Juridique », 2008, p.50. (9) Sur la question des biens négatifs V., D. Chilstein, Les biens à valeur vénale négative, RTD civ. 2006, p.663, spéc. n°31 et s. (10) Plus généralement V., C. Celica, Le risque environnemental : élément déterminant dans la transmission de l'installation classé en procédure collective, thèse Aix, dir. J. Mestre, 2007 ; G. Teboul, Défense de l'environnement et entreprises en difficulté, LPA 2006, n°97, p.7 ; F.-J. Coutant et O. Salvador, Variations autour du passif environnemental, Dr. et patr. mars 2008, n°168, p.32.

3. Notion de « bien » - Les hommes et les sociétés. La notion de « *bien* » n'est donc pas facile à appréhender[11]. Et les « nouveaux biens » que l'on a pu citer plus haut ne facilitent pas la tâche. Toutefois, parmi toutes ces valeurs, il en est une, qui n'est pas vraiment un bien, et qui n'est franchement pas nouveau, mais qui constitue une valeur ayant toujours existé, qui plus est en perpétuel mouvement. Il s'agit de l'homme. L'idée de capital humain[12], d'actif humain, d'homme-clé, n'est pas nouvelle[13]. Elle a notamment été mise en exergue en droit social, en droit des sociétés avec le statut de l'apporteur en industrie[14], et en droit du sport[15]. A l'évidence, l'homme ne saurait être considéré comme un bien. Il représente tout au plus une valeur. En effet, dans un arrêt inédit du 8 novembre 2006, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu juger que « (...) *si la clientèle a une valeur patrimoniale reconnue en droit positif, il reste qu'elle est constituée d'un ensemble de personnes, les clients, sujets de droit ; qu'en effet, des clients, pris isolément les uns des autres, ne sont pas des biens incorporels, mais des personnes de droit disposant de leur liberté de contracter avec qui bon leur semble* (...) »[16], pour refuser de retenir, à propos d'un détournement d'une clientèle civile, la qualification d'abus de confiance. L'homme peut représenter, pour une entreprise, une valeur très importante, soit en tant que tel, au regard de ses qualités intrinsèques[17], soit au regard des éléments inhérents à sa personne qu'il est susceptible « d'abandonner », dans l'intérêt social, à la société. On pense ici naturellement à l'élément le plus personnel qu'il soit, à savoir le nom patronymique, éventuellement inséré dans la dénomination sociale d'une société. Au demeurant, le nom choisi par l'associé pour servir une dénomination sociale peut *in fine* être protégé par le droit d'auteur dont celui-ci peut jouir (I). Droit d'auteur qui, de manière assez originale, peut concerner directement la société personne morale à travers ce qu'il est convenu d'appeler la marque de la société (II).

I- Nom, patronyme et dénomination sociale

4. Nom patronymique. À travers le célèbre arrêt « *Bordas* »[18], la jurisprudence applique la théorie du détachement pour considérer le nom patronymique d'un associé inséré dans la dénomination d'une société comme un droit incorporel : le nom patronymique, par principe inaliénable et imprescriptible, se détache de la personne physique qui le porte, et devient un actif incorporel de la société faisant partie de actif. La société acquiert le droit d'utiliser ce nom dans sa dénomination sociale ou dans son nom commercial. Corrélativement, elle interdit l'utilisation de ce nom, à des fins commerciales[19], par l'associé sortant, porteur du patronyme litigieux. Mieux, elle obtient le droit d'être protégée contre le dépôt éventuel de ce nom à titre de marque par cet associé sortant puisqu'elle pourra agir contre lui en contrefaçon dans une telle hypothèse[20].

5. Nom patronymique notoire. Cette idée de patrimonialisation du nom patronymique est encore plus marquée lorsqu'il s'agit d'un patronyme notoire car la renommée fait acquérir au nom une valeur dont la société entend profiter. Le célèbre arrêt « *Ducasse* »[21] révèle ainsi que le nom patronymique notoire constitue un nouveau droit de propriété incorporelle[22] qui peut, à ce titre, faire partie de l'actif social[23], mais que son appropriation par la société, son intégration dans son actif incorporel, n'est pas automatique. Un certain nombre de conditions, induites par la notoriété du nom et non réunies en l'espèce, doivent être respectées[24]. Le nom patronymique notoire ou, plus largement, la notoriété[25], représente une valeur[26] qui peut être quantifiée.

6. Droit d'auteur. Surtout, même intégré dans une dénomination sociale, le nom choisi et créé par l'associé à cet effet reste, dans une certaine mesure, protégé par le droit d'auteur, l'associé pouvant en sus le déposer à titre de marque. C'est la décision « *High Score* » rendue par la Cour de cassation le 4 juillet 2006[27], à tout le moins si « *les droits d'auteur de l'associé sur les signes considérés sont nés avant la constitution de la société, de sorte que celle-ci ne peut opposer un droit sur sa dénomination sociale à la marque déposée par son créateur après cette constitution* ». Autrement dit, l'expression « High Score » étant une création issue de l'imagination de l'associé, la protection par le droit d'auteur est inéluctable[28]. Au demeurant, peut-on transposer la solution à l'arrêt « *Ducasse* », et estimer que Monsieur Alain Ducasse pouvait déposer

(11) Selon Ch. Grzegorczyk, il est impossible de donner une définition juridique de la notion de bien : Le concept de bien juridique : l'impossible définition, Archives de philosophie du droit, 1979, t. XXIV, p.259, cité *in* Ch. Atias, Droit civil, Les biens, *op. cit. loc. cit.* (12) Sur le rôle du capital humain V., T. Healy et S. Côté, Du bien être des nations, Le rôle du capital humain et social, Rapport OCDE, 2001, n°2.1 et s. (13) Th. Revet, La force de travail (Etude juridique), « Bibliothèque de droit de l'entreprise », t. 28, Litec, 1992, préf. F. Zénati. (14) D. Poracchia, note sous Cass. 1ère civ., 19 avril 2005, Rev. sociétés 2005, p.111 et note sous Cass. 1ère civ., 30 mars 2004, Rev. sociétés 2004, p.855. (15) F. Rizzo, A propos de la réification de la personne du sportif professionnel salarié, Cah. dr. sport n°1, 2005, p.42. (16) Cass. crim., 8 novembre 2006, pourvoi n°06-80797, Inédit. (17) Capacité/aptitude à gérer une activité, à innover, à diriger une équipe, à prospecter une clientèle, etc. (18) Cass. com., 12 mars 1985, Rev. sociétés 1985, p.607, note G. Parléani ; JCP G. 1985, II, 20400, concl. M. Montanier et note G. Bonet ; D. 2005, jur., p.471, note J. Ghestin. - Cass. com., 12 juin 2007, D. 2007, AJ, p.1796, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly 2007, p.1277, note J.-C. Hallouin. (19) M. Dupuis, Droit de la personnalité et usage commercial du nom, RLDC 2004/3, n°122. (20) Cass. com., 13 juin 1995, « Petrossian », Rev. Sociétés 1996, p.65, note G. Parléani ; Dr. sociétés 1996, comm. n°51, obs. Th. Bonneau. (21) Cass. com., 6 mai 2003, pourvoi n°00-18192, Bull. civ. IV, n°69 ; D. 2003, Jur., p.2228, note G. Loiseau ; RTD com. 2004, p.90, note J. Azema ; Bull. Lamy Sociétés commerciales 2003, n°159, note D. Velardocchio ; Bull. Joly 2003, p.921, note P. Le Cannu. Dans le même sens V., CA Aix-en-Provence, 25 novembre 2004, Bull. Aix 2005-2, p.126, note D. Poracchia et C.-A. Maetz. Adde P. J. Mohr, Marques et nom patronymique, Propr. industr. 2006, n°21 ; F. Dazé, Nom patronymique versus marque identique : le critère du risque de confusion est-il pertinent ?, RLDI 2006/20, n°629 ; CJCE, 30 mars 2006, D. 2006, Jur., p. 2109, note D. Poracchia et C.-A. Maetz (Cession de marque constituée par un patronyme notoire et déceptivité). (22) En ce sens V., note D. Velardocchio, précit. (23) Comme l'avait jugé la Cour d'appel d'Aix-en-Provence : CA Aix-en-Provence, 27 avril 2000, Bull. Aix 2001, comm. n°1, p.63, note J.-M. Marmayou. (24) Note P. Le Cannu, précit. : à la condition essentielle relative au consentement du porteur du nom, s'ajoute des conditions plus objectives relatives à la réservation du nom par le porteur. (25) Sur laquelle V., C.-A. Maetz, La notoriété - Essai sur l'appropriation d'une valeur économique, Préf. J. Mestre et D. Poracchia, PUAM, 2010. (26) Note P. Le Cannu, précit., spéc. n°3, 4, 10, 21, 24. (27) Cass. com., 4 juillet 2006, Bull. civ. IV, n°165°; LPA 2007, n°120, p.4, obs. D. Poracchia. (28) Et aucune violation de L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle n'est à déplorer.

son nom à titre de marque bien qu'il constitue la dénomination sociale de la société qu'il avait créée ? On peut le penser[29], compte tenu de la notoriété du Sieur Ducasse, antérieure à celle de « sa » société.

7. Droit des marques. La solution est complète : non seulement le consentement donné par un associé fondateur dont le nom est notoirement connu sur l'ensemble du territoire national, à l'insertion de son nom de famille dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part, et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services[30], mais encore l'associé peut lui-même déposer son nom à titre de marque. Le droit de l'associé sur son nom semble ainsi résister à toute épreuve, en particulier celle du temps. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bordeaux le 16 mai dernier dans l'affaire « Eiffel », fondé pour l'essentiel sur un procès-verbal d'assemblée datant de 1893, au terme duquel Gustave Eiffel avait exprimé le souhait que son nom ne soit plus associé à une activité de construction dont lui-même se retirait, le confirme avec force si besoin en était !

8. Homonymies et Champagne. Reste une hypothèse : l'utilisation, en toute bonne foi, par des gérants de sociétés de leurs patronymes[33], identifiés par ailleurs comme marques notoirement connues, appartenant à d'autres sociétés, afin de commercialiser des produits similaires à ceux protégés par ladite marque. C'est l'hypothèse des homonymies, très fréquentes en Champagne viticole. En général, en pareille circonstance, il est d'usage de faire appel à des moyens tels l'adjonction du prénom du producteur et l'indication de la localisation géographique de la production. De telles précautions, destinées à éviter la confusion dans l'esprit du public, avaient précisément été prises par des gérants de sociétés situées dans l'Aube commercialisant des produits sous la marque Henriot ayant fait l'objet d'une action en contrefaçon de la part du Champagne du même nom pour avoir produit et vendu des produits identiques. Par un arrêt en date du 21 juin 2011[31], la Cour de cassation en conclut que lesdits gérants, dénommés Serge Henriot et Raymond Henriot, exerçant respectivement dans la société Champagne Serge Henriot et la société Raymond Henriot, en qualité de gérant, des fonctions de contrôle et de direction, pouvaient mettre en exergue leur patronyme dans la dénomination sociale de leur entreprise à laquelle ils s'identifient sans que cela ne soit fautif. De prime abord, on peut y voir simplement une application de l'article L.713-6 du Code de la propriété intellectuelle, en particulier une utilisation en toute bonne foi des patronymes. En ce qui nous concerne, on veut et préfère y voir un attendu de principe : les gérants, parce qu'ils exercent des fonctions de contrôle et de direction, peuvent mettre en exergue leur patronyme dans la dénomination sociale de leur entreprise à laquelle ils s'identifient - presque - sans encourir aucun grief de la part de sociétés plus prestigieuses titulaires de marques sur des noms homonymes.

9. Personne physique et personne morale. Cela étant, lorsque l'identification est parfaite, lorsque l'homme et la société ne font plus qu'un, lorsque personne physique et personne morale sont confondues, cette dernière peut-elle disposer des mêmes droits que l'homme, notamment d'un droit d'auteur, poussant l'anthropomorphisme juridique[32] à son comble ?

II- Droit d'auteur, marque de la société et anthropomorphisme juridique

10. Droit d'auteur et originalité. L'homme a cette particularité, d'une part, de disposer d'un patronyme, d'autre part et surtout, d'être potentiellement titulaire d'un droit d'auteur. *Quid* de la société? La société, personne morale, peut-elle être véritablement titulaire d'un droit d'auteur, au même titre qu'une personne physique ? Dès lors que l'œuvre ou que la création est originale, le droit d'auteur est acquis[34]. Or, l'acte créatif, l'originalité, inhérente au droit d'auteur, est le propre de l'homme. *A priori* donc, une société ne peut pas être titulaire d'un droit d'auteur. Dans un arrêt inédit du 15 juin 2010, la Cour de cassation a pourtant reconnu la titularité d'un tel droit à une société[35].

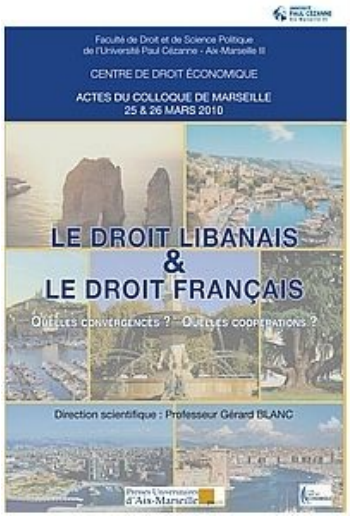
11. Droit d'auteur et personne morale. En l'espèce, une société titulaire de modèles de bacs à fleurs et revendiquant des droits d'auteur sur un modèle de support de fleurs commercialisé assigne une société et son fournisseur, leur reprochant de commercialiser des modèles de jardinières contrefaisants ses propres modèles, et d'avoir porté atteinte à ses droits d'auteur. Consacrant

(29) En ce sens V., D. Poracchia, obs. précit. (30) Cass. com., 24 juin 2008, pourvois n°07-10756 et n°07-12115, D. 2008, AJ, p.1993, relatif à la notion de célébrité, distincte de celle de notoriété. - V. également, CA Versailles, 15 février 2007, BRDA 7/2007, inf. n° 5. Dans cette espèce, une société commerciale d'architecture avait été constituée entre les membres d'une même famille sous une dénomination comportant le nom de cette famille. Par la suite, l'associé qui avait apporté sa clientèle d'architecte avait cédé ses actions et créé une société d'exercice libéral dont l'objet était l'exercice en commun de la profession d'architecte, sous une dénomination comportant son nom de famille précédé de l'initiale de son prénom et suivi de la mention « architectes ». La société commerciale avait dès lors demandé à la SEL de supprimer ce nom de la dénomination et avait aussi agi contre l'associé cédant en paiement de dommages-intérêts. D'une part, les juges versaillais rejettent la demande dirigée contre la SEL en raison de l'absence de risque de confusion entre les deux dénominations. D'autre part, la demande de dommages-intérêts est également rejetée car, en signant les statuts de la société commerciale, l'intéressé, qui était minoritaire dans cette société et qui n'avait pas apporté son nom de famille à l'occasion de l'apport de sa clientèle d'architecte, n'avait pas été dépossédé du droit d'utiliser ce nom à des fins commerciales. En d'autres termes, il aurait fallu que la dénomination choisie pour la SEL ait revêtu un caractère fautif en raison du risque de confusion entre les deux dénominations sociales, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. (31) Cass. com., 21 juin 2011, n°10-23262, Bull. civ. IV (à paraître) ; JCP E 2011, n°1587. (32) Sur cette notion V., Obs. J. Mestre *in* RTD civ. 1985, p.367. (33) V. Obs. D. Simon *in* JCP Europe 2011, comm. n°238. (34) V. les remarques pertinentes de P.-D. Cervetti *in* L'affairé n°7, janvier 2011, p.18 et s. (35) Cass. com., pourvoi n°08-20999, Inédit ; JCP E, 2004, 2044, §1, obs. Ch. Caron ; Comm. com. électr. 2010, comm. n°120, note Ch. Caron ; JCP E 2011, 1586, § 1, obs. A. Couillaud ; Propr. intell. 2011, n°38, p.82, obs. J.-M. Bruguière.

l'originalité des premières jardinières, au regard de leur agrément visuel par rapport à des bacs traditionnels, les juges du fond, approuvés par la Cour de la cassation, retiennent que cette originalité témoigne de la marque de la société, précision apportée par la Haute Juridiction que le sens du mot « marque » ne pouvait se comprendre ici comme signifiant « marque de fabrique ». A l'instar d'une personne physique, la personne morale elle-même peut ainsi exprimer une originalité à travers la marque de la société.

12. Conclusion. Une telle solution est quelque peu déstabilisante. Mais pas plus finalement que la dissociation biens et propriété, pas plus non plus que la notion de bien négatif, pas plus encore que l'approche en terme de valeurs. Outre leur originalité et leur extrême diversité, les nouveaux biens obligent à prendre en compte également leurs modes d'exploitation et les formes de leur appropriation, eux-mêmes très originaux et diversifiés. Les nouveaux biens bousculent les habitudes et remettent en cause les catégories traditionnellement connues des juristes. Et c'est tant mieux ! •••

Actualités


Faculté de Droit et de Science Politique
de l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III
CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE
ACTES DU COLLOQUE DE MARSEILLE
25 & 26 MARS 2010
LE DROIT LIBANAIS
&
LE DROIT FRANÇAIS
QUELLES CONVERGENCES ? – QUELLES COOPÉRATIONS ?
Direction scientifique : Professeur Gérard BLANC

Éditeur : PUAM
Collection : Droit des affaires
ISBN : 978-2-7314-0742-6
Nb de pages : 296 p.
Parution : 2010
Prix : 21,00 €

Avec les contributions de:

Marc PENA, Gilbert ORSONI, Gérard BLANC, Marc LEVIS, Emmanuel PUTMAN, Rami SAYADI, Leila SAADE, Hervé LECUYER, Rémi CABRILLAC, Dina EL MAOULA, Nathalie NAJJAR, Philomène NASR, Jacques MESTRE, Melhem EL KIK, Amal ABDALLAH, Marie-Pierre LANFRANCHI, Stéphane BONOMO, Jean-Paul DECORPS, Afif DAHER, Marcel René TERCINET et Carole SOUWEINE •••

LE DROIT LIBANAIS ET LE DROIT FRANCAIS

Quelles convergences? Quelles coopérations?
Actes du colloque de Marseille - 25 et 26 mars 2010

Gérard BLANC (dir.)

Présentation par l'éditeur

C'est sur ce thème que s'est réuni les 25 et 26 mars 2010 un colloque à Marseille. Cette manifestation était organisée par le Centre de Droit Économique de la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III. Elle avait été initiée par le Doyen Jacques MESTRE, directeur du Centre de Droit Économique et le professeur Gérard BLANC.

Au cours de ces deux journées, plus d'une centaine d'universitaires, d'étudiants et de professionnels du droit tant libanais que français se sont réunis pour analyser d'une part la parenté des systèmes juridiques de ces deux pays et d'autre part le cadre juridique dans lequel se déroulent les échanges économiques franco-libanais.

Pourquoi un tel colloque ?

Il faut savoir que le droit français et le droit libanais comportent de très grandes analogies pour des raisons liées à l'histoire. À l'origine ce sont les juristes de l'École de Béryte (ancien nom de Beyrouth) qui ont inspiré le Digeste voulu par l'empereur romain Justinien au VI^{ème} siècle après Jésus-Christ ; ce texte fut lui-même une source d'inspiration des juristes français, tels que Dumoulin, d'Argentré, Pothier et Domat qui par leurs écrits inspirèrent eux-mêmes les rédacteurs du Code civil français. Or par une sorte de retournement de l'histoire, le Code libanais des obligations et des contrats fut rédigé dans les années 1930 par un universitaire français, le professeur Josserand. Cette proximité de nos deux systèmes normatifs puise donc ses racines dans une relation multiséculaire entre les juristes de nos deux pays. Il était donc intéressant d'analyser quelques éléments de cette parenté entre nos deux ordres juridiques ainsi que leur évolution.

Le Centre de Droit Économique qui travaille constamment en lien avec les professionnels du droit des affaires est bien placé pour organiser ce type de manifestation. Cela permet notamment de familiariser les opérateurs économiques avec des systèmes juridiques dont la proximité avec le droit français peut les inciter à commercer, voire à investir dans des zones géographiques en bénéficiant d'une relative sécurité juridique. Ce sont d'ailleurs les thèmes de droit économique qui ont été privilégiés : droits des contrats, droit des sociétés, arbitrage commercial international, droit pénal des affaires, droit financier. Il va de soi néanmoins qu'au-delà du cadre juridique gouvernant les échanges économiques, ceux-ci ne peuvent se développer qu'entre sociétés humaines qui disposent de repères normatifs. La consécration et la mise en œuvre des droits fondamentaux, la place respective du fait religieux et de la laïcité en France et au Liban font partie de ces repères qui ont été abordés sans tabous.

Pourquoi un tel colloque à Marseille ?

La raison est avant tout d'ordre historique. Il se trouve que les phéniciens, ancêtres des libanais, ont fréquenté dans des temps très anciens, avant même les phocéens, la calanque du Lacydon. Après de longues traversées maritimes, ils venaient s'abriter régulièrement dans ce refuge exceptionnel. Les deux peuples, au premier rang desquels nos ancêtres les Ligures et les Phéniciens venus du Levant, se fréquentent donc de très longue date. L'organisation d'une telle manifestation à Marseille, à quelques pas des vestiges du Vieux Port découverts il y a quelques années, revêtait donc un caractère symbolique qui se devait d'être souligné.

Inscrite dans cette longue tradition d'amitié séculaire entre le Liban et la France, cette manifestation avait en outre pour objectif de renforcer les liens de coopération entre la Faculté de Droit d'Aix-Marseille et la Filière Francophone de Droit de l'Université Libanaise, ainsi qu'avec l'ensemble des universités libanaises. Il faut savoir que cette coopération dans le domaine juridique se traduit en effet chaque année par des échanges réguliers d'enseignants et d'étudiants.

Les Actes de ce colloque font aujourd'hui l'objet de cet ouvrage qui illustre, si besoin était, le dialogue permanent existant entre juristes libanais et français, lui-même instrument d'une coopération qui préfigure peut-être celle qui devrait se nouer entre tous les pays qui bordent la Méditerranée. •••

Nicolas BRONZO
Doctorant
Chargé d'enseignements
Centre de droit économique
Promotion 2005

Les « nano-biens », ou le droit de l'infiniment petit

L'infiniment petit. En 1959, dans un discours resté fameux, Richard Feynman exhorte la communauté scientifique, qui avait alors plutôt la tête dans les étoiles, à explorer l'infiniment petit. Il pressent alors, avec d'autres, que la matière qui gît sous les yeux des scientifiques recèle des potentialités de développement mésestimées[1].

L'intuition de Feynman se confirme à mesure que le perfectionnement des moyens d'observation offre aux scientifiques la faculté d'observer les composantes les plus intimes de la matière. L'invention du microscope à effet tunnel et du microscope à force atomique au début des années 1990 a ainsi joué un rôle déterminant dans l'apparition de ce qu'il est désormais convenu d'appeler les *nanosciences*.

Même si la communauté scientifique paraît encore divisée sur le sens précis du terme, il est généralement admis que la définition du champ couvert par les nanosciences est avant tout une question d'échelle. Un nanomètre correspond à un milliardième de mètre, soit 10^{-9} mètres (0,000 000 001 m pour les juristes réfractaires aux mathématiques). Relèvent donc des nanosciences, d'après la définition retenue par le Conseil économique et social « l'étude des phénomènes observés dans des objets, des structures, des systèmes dont la taille est de quelques nanomètres dans au moins une des dimensions de l'espace et dont les propriétés découlent spécifiquement de cette taille nanométrique »[2].

Si les nanosciences sont l'objet de tant d'attentions, c'est justement en raison des propriétés inédites qui sont les leurs, ces caractéristiques étant directement liées au changement d'échelle opéré. On parle alors de propriétés quantiques, qui font qu'une particule peut se trouver… à deux endroits en même temps, ou des *effets de surface*, *effets de bords*[3], etc, qui n'existent pas dans le monde « normal ». Une même substance présente ainsi des caractéristiques et des propriétés différentes selon qu'on la considère à l'échelle nanométrique ou macro-métrique.

Mêmes les théories physiques les mieux établies sont mises à mal. Depuis quelques jours, la communauté scientifique est en émoi : une équipe du CERN a constaté que des *neutrinos*, ces particules élémentaires encore inconnues voilà quelques années, pouvaient se déplacer à une vitesse supérieure à celle de la lumière. Cette observation, si elle s'avérait exacte, invaliderait la théorie de la relativité restreinte d'Einstein, avec des conséquences que l'on ne peut encore à mesurer.

L'émergence des « nano-biens ». Ni l'observation de la nature dans sa forme la plus élémentaire, ni le constat de leurs propriétés étonnantes ne suffisent toutefois à expliquer l'émergence de nouveaux biens. Il faut, pour cela, que le savant s'inscrive dans une démarche active de maîtrise de la nature, voire de recréation de celle-ci. L'activité scientifique ayant connu, depuis une trentaine d'année, de profondes métamorphoses, cette dimension utilitariste s'est immédiatement imposée dans le secteur des nanotechnologies, tout comme elle s'était imposée, en son temps, lors de l'apparition des biotechnologies. À l'échelle de l'infiniment petit, la distinction entre science fondamentale et science appliquée, entre observation et action, n'a plus guère de sens. Très vite, les scientifiques vont s'efforcer de manipuler, d'isoler, de purifier l'infiniment petit… Les nanosciences sont inséparables des nanotechnologies : on *construit*, atome par atome, de nouvelles matières et de nouvelles substances. On parvient à une maîtrise inégalée de la nature dans ses composantes les plus essentielles. Or, « commander à la nature, c'est accéder à de nouveaux marchés ouvrant sur des gains économiques considérables »[4].

L'imprévisibilité propre aux nanosciences explique à la fois l'attrait qu'elles exercent et les craintes qu'elles suscitent. Les caractéristiques inédites de l'infiniment petit aiguisent les appétits des pouvoirs publics et des acteurs économiques, qui voient dans les nanotechnologies le commencement d'une nouvelle révolution industrielle, un moyen pour la science de réalimenter une machine capitaliste essoufflée. Mais dans le même temps, on voit bien qu'en favorisant la création et l'exploitation de substances et de produits que l'on ne maîtrise que très imparfaitement, on fait courir aux individus un risque dont l'étendue demeure à ce jour mal connue.

Quel peut être - quel *doit* être - le rôle du droit dans tout cela ? Comme l'a fort bien résumé la Commission

(1) La formule est encore célèbre : « There's plenty of room at the bottom ». (2) Rapport du Conseil économique et social, *Les nanotechnologies*, 2008, p. 11 (3) Voy. l'article « nanotechnologie » sur l'encyclopédie en ligne *wikipedia*. (4) L. DRIGUEZ, « Les obligations du décideur public en matière de santé et de sécurité des travailleurs en cas d'incertitude scientifique », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 616 et s.

européenne, « le défi réglementaire consiste donc à veiller à ce que la société puisse bénéficier des applications innovantes des nanotechnologies, tout en préservant un niveau élevé de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement »[5]. En somme, on attend du droit tout à la fois qu'il encourage et qu'il protège, selon que l'on envisage l'infiniment petit comme une source de progrès (I) ou comme un facteur de risque. (II)

I. L'infiniment petit, source de progrès

Encourager la création « des nano-biens ». On l'a dit, le développement des nanosciences et technologies est directement lié à l'utilisation d'instruments nouveaux. Cet appareillage étant extrêmement couteux, l'intervention des pouvoirs publics s'est avérée indispensable pour financer et donner une impulsion suffisante aux recherches sur les nano-objets. Aujourd'hui, il est frappant de constater la place occupée par les nanotechnologies dans les politiques de recherche et d'innovation à l'échelle nationale et européenne. Entre 2000 et 2005, le budget français de la recherche en nanosciences a augmenté de 10% par an. L'effort public atteignait au total 280 millions d'euros pour l'année 2007. En 2009, le gouvernement a mis en place un plan « nano-INNOV » qui, dans le cadre « grand emprunt » a permis de dégager 70 millions d'euros supplémentaires pour la recherche en nanotechnologies. L'Union européenne entend également promouvoir les nanotechnologies. Le 7ème Programme-Cadre pour la recherche et le développement européen (période 2007-2013), prévoit un budget de 3,5 milliards d'euros au titres des nanosciences et nanotechnologies, à comparer aux 2,3 milliards consacrés à l'énergie ou aux 1,9 milliards pour la recherche agriculture et biotechnologies.

L'importance des budgets alloués aux nanotechnologies est le signe du volontarisme des pouvoirs publics, qui souhaitent voir apparaître, dans le sillage des recherches en nanosciences, de nouveaux biens aptes à répondre aux besoins du marché, à générer de la croissance et à améliorer le bien être de la population. Mais l'encouragement de la recherche n'est qu'un des aspects de la politique menée en faveur de l'innovation dans les nanotechnologies. La science ayant accompli son œuvre, il faut encore que les perspectives prometteuses se changent en résultats appréciables et mesurables. Le produit des recherches menées doit franchir les portes des laboratoires et irriguer le tissu socioéconomique. Juridiquement, ce basculement s'opère dès lors que les résultats de la recherche peuvent être appréhendés comme des biens, susceptibles, comme tels, d'être exploités sur le marché.

Exploitation et appropriation des « nano-biens ». Le passage de la science au marché implique la patrimonialisation de ces minuscules objets sortis des laboratoires. On songe alors immédiatement au brevet, qui permet l'appropriation des créations industrielles innovantes en vue de leur exploitation. Et, de fait, on peut constater que cet instrument juridique a été immédiatement et massivement sollicité par les opérateurs actifs dans le domaine des nanotechnologies[6]. Or, le recours massif au brevet suscite de nombreuses difficultés.

On sait notamment que la loi sur les brevets soumet la délivrance du titre de propriété industrielle à des exigences strictes, ce afin que le monopole ne constitue pas une entrave aux libertés économiques et scientifiques en empiétant à l'excès sur le domaine public. C'est ainsi qu'un brevet ne peut être obtenu que pour une invention nouvelle, faisant preuve d'une activité inventive, et susceptible d'application industrielle[7]. Or, les mécanismes et les raisonnements propres au droit des brevets, fortement marqué par les révolutions industrielles des siècles passés, s'adaptent avec peine au champ des nano-biens. La problématique est une constante du droit des brevets qui, par définition, suppose de concilier l'inertie inhérente à toute règle de droit avec le progrès constant et rapide de la science[8]. Elle est exacerbée dans le champ des nanotechnologies, où les frontières entre recherche fondamentale et recherche appliquée mais, aussi, entre les différentes disciplines scientifique n'ont plus guère de sens du fait du passage à l'échelle nanométrique. Qu'il compose un être vivant, un produit semi-conducteur ou alliage, un atome de carbone reste un atome de carbone...

Concernant l'objet même de la protection accordée au breveté, les nanotechnologies mettent à mal la distinction entre l'invention – brevetable – et la découverte, qui ne l'est pas. En théorie, le *distinguo* est simple : d'un côté la création, de l'autre la révélation de ce qui préexiste. Mais comment mettre en œuvre cette distinction, déterminante de l'accès à la propriété intellectuelle, alors même que les chercheurs manipulent les « briques de base » de la matière ?[9] Quel est le degré d'intervention humaine nécessaire pour « passer » de la découverte à l'invention ? La question est bien connue des spécialistes du droit des brevets. Elle se pose en effet depuis plusieurs années pour les inventions issues des biotechnologies, sans avoir été résolue de façon satisfaisante. Les nanotechnologies soulèvent des difficultés comparables mais décuplées, notamment en raison de la faible distance qui peut exister entre le travail scientifique et l'exploitation commerciale des résultats.

(5) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité économique et social européen - Aspects réglementaires des nanomatériaux [SEC(2008) 2036]. (6) Un auteur parle même de « ruée vers ce que l'on appelle déjà les « nano-brevets ». (S. LACOUR, « Libres propos sur le droit des brevets et les nanotechnologies », *Cahiers Droit Sciences et Technologies*, n°1, 2008, p. 135). (7) Art. L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. (8) Sur cette question, voy. J. AZÉMA, « La protection juridique des nouvelles techniques », *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Litec 1990, p. 43 et s. (9) En ce sens, S. LACOUR, *art. préc.*

Quant aux conditions de brevetabilité elles s'avèrent également difficile à apprécier en raison du peu de recul dont disposent les examinateurs des offices de brevets et les juges. Les nanotechnologies ont connu un développement très rapide. Elles touchent la plupart des champs scientifiques (sciences de la vie, physique, chimie, électronique, informatique, optique, etc.), et il n'existe ni nomenclature, ni vocabulaire communs. La transdisciplinarité qui fait la force des nanosciences a aussi pour effet de rendre leur appréhension particulièrement délicate.

La nouveauté, par exemple, s'apprécie par rapport à *l'état de la technique*[10], que l'on peut définir comme l'ensemble des connaissances accessibles au public au jour du dépôt de la demande de brevet. Mais s'agissant d'un domaine technique récent, transversal et complexe, la simple identification des informations pertinentes pourra s'avérer ardue. Quant à l'appréciation de la nouveauté, quelle devrait être l'incidence d'un simple changement d'échelle ? Une substance déjà connue mais réduite à l'état de particule nanométrique pourra-t-elle être de nouveau brevetée, en tant que telle ?

D'autres questions se posent s'agissant de l'exigence d'activité inventive, qui repose sur un critère de non-évidence pour un personnage de référence appelé *l'homme du métier*[11], lequel est censé être, suivant la jurisprudence, un technicien moyen ayant une connaissance normale de la technique en cause. Comme le fait remarquer un auteur, « un tel homme, dans le domaine des nanotechnologies, risque fort, avouons-le, d'être une perle rare ! »[12].

Le risque est que tout cela se solde, faute d'un examen efficace des demandes, par la délivrance de brevets trop larges, susceptibles de monopoliser au profit de quelques-uns des pans entiers de l'industrie. Les brevets obtenus dans les années quatre-vingt-dix sur les nanotubes de carbone ou les fullerènes seraient, selon certains, une manifestation de cette dérive. On peut craindre également que les brevets délivrés aient tendance, en raison de leur « largeur », à se recouper, ce qui préfigure des situations de conflits et, à terme, une forme de « tragédie des anti-communs »[13] nuisible au progrès.

II. L'INFINIMENT PETIT, FACTEUR DE RISQUE

Des risques nouveaux. Les nano-biens peuvent être considérés comme des gisements de richesses nouvelles, ce qui justifie leur appréhension par le droit des biens. Mais leur exploitation suscite aussi des risques nouveaux, et ce en raison même des propriétés exceptionnelles qui les rendent tellement profitables pour l'industrie et les consommateurs. Le droit est de nouveau mobilisé, comme instrument du politique, pour gérer ces risques largement méconnus.

S'il est un point – sans doute le seul – qui ne fait guère débat s'agissant des nanotechnologies, c'est l'absence quasi totale de certitudes scientifiques. Le point est systématiquement relevé dans les études et rapports consacrés à cette question. Souvent confrontés à l'incertitude scientifique, les juristes savent normalement s'en accommoder. Mais, précisément, dans le domaine des nanotechnologies, le contraste est saisissant entre l'immensité des pouvoirs de l'homme et la faiblesse de ses connaissances quant aux conséquences qui peuvent être attendues de leur mise en œuvre. Il semble bien que l'action ait pris le pas sur la réflexion. On en est donc réduit à exprimer des doutes et des hypothèses quant aux risques liés à l'exploitation des nano-biens.

Le premier risque potentiel – probable ? – est celui d'une dissémination dans l'environnement de nanomatériaux artificiels. Il est aisé d'opérer un rapprochement avec les cultures OGM, qui ont fait l'objet d'une réglementation spécifique[14] destinée notamment à éviter les contaminations accidentelles, mais si l'on sait que l'efficacité des mesures est parfois contestée. À l'heure actuelle, aucune disposition ne vise à prévenir la dissémination de nanomatériaux dans l'environnement, alors même que les risques sont tout à fait comparables.

On peut ensuite identifier un risque immédiat pour l'homme lorsqu'il est exposé aux nano-biens. En raison de leur taille, les éléments nanométriques s'avèrent particulièrement invasifs : la contamination peut s'opérer par voies respiratoires, par ingestion mais aussi, apparemment, par voie cutanée. De nombreux individus sont ainsi susceptibles de se trouver en contact avec des nanomatériaux sans que l'on sache encore bien quels sont les effets biologiques primaires et secondaires d'une telle exposition.

Les premiers concernés sont évidemment ceux qui, dans les laboratoires et sur les sites de production, manipulent quotidiennement des nanomatériaux[15]. De ce point de vue, l'exploitation des nanotechnologies doit être conciliée avec les normes de santé et de sécurité au travail. La législation et la jurisprudence aujourd'hui applicables en matière de sécurité au travail sont profondément marquées par le spectre de l'amiante. Les obligations de l'employeur reposent sur un principe de prévention et non sur un principe de précaution ; c'est-à-dire qu'il doit prendre les mesures nécessaires pour parer aux risques qu'il connaissait ou qu'il était censé connaître. Mais dans le cas d'un risque parfaitement inconnu, dans sa nature comme dans son étendue (ce qui est le cas pour la plupart des nanomatériaux à l'heure actuelle) il n'est pas certain que la responsabilité de l'employeur puisse être ultérieurement engagée en cas de dommage.

(10) Art. L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle. (11) Art. L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle. (12) S. LACOUR, *art. préc.*, p. 147. (13) Sur la « tragégie des anti-communs » et son effet sur l'innovation, voy. M. HELLER et R. EISENBERG, « Can patents deter innovation ? The Anticommons in biomedical research », *Science*, 1er mai 1998, vol. 280 n°5364. (14) Voy. les art. L. 531-1 et s. du Code de l'environnement. (15) Voy. C. WEILL, « Nanosciences, nanotechnologies et principe de précaution », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, n°1, 2008, p. 39 et s., spéc. p. 45 et s.

Peut-être alors peut-on espérer que les acteurs des nanotechnologies établissent leurs propres règles pour prévenir les risques en la matière, au nom d'une responsabilité sociale plus que juridique. On observe en effet que de nombreux groupes chimiques ou pharmaceutiques mettent en place des chartes ou des codes de bonne conduite pour la manipulation des nanomatériaux bien plus contraignants que les exigences réglementaires. Mais il faut être réaliste ; comme le remarque un auteur, on se trouve très probablement « à mi-chemin entre démarche vertueuse et stratégie de communication ».

Les simples consommateurs aussi, sont exposés. De plus en plus de produits courants utilisent des nanomatériaux, comme les peintures, les produits cosmétiques, ou encore les articles de cuisine exploitant les propriétés antibactériennes des nanomatériaux à base d'argent. Il existe donc un risque pour la santé publique, d'autant que les fabricants ne sont pas tenus d'indiquer la présence de nanomatériaux dans les produits commercialisés. Le cas des crèmes solaires enrichies, notamment, en nano-oxyde de zinc, a toutefois paru suffisamment préoccupant pour que la Commission impose l'indication des nanomatériaux présents dans les produits cosmétiques. Mais en dehors de ce cas précis, l'information du consommateur est presque nulle. Cette réponse timide conduit à s'interroger sur la réception des risques que suscitent les nano-biens. Faut-il créer de nouvelles réglementations, adapter les normes existantes, ou laisser perdurer le *statu quo* ?

La réception des risques par le droit. L'un des moyens possibles pour s'efforcer de contrôler les risques liés aux nano-biens consisterait à s'appuyer sur le règlement *REACH*, le règlement sur l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et les restrictions des substances chimiques en vigueur depuis 2007. Le règlement REACH permet de contrôler en amont les substances chimiques mises sur le marché au nom de la santé publique. Toutefois, en l'état, le texte est largement inadapté aux nanomatériaux, et n'offre pas des possibilités de réglementation satisfaisantes. À titre d'exemple, pour qu'une substance soit soumise à une obligation d'enregistrement, elle doit être produite à plus d'une tonne par an. On imagine aisément qu'un tel seuil ne sera que rarement atteint au vu de la taille des nanomatériaux. Sans compter que leur dangerosité ne dépend pas exclusivement, loin s'en faut, de la seule quantité produite. De plus, le texte ne permet pas d'appréhender une substance connue qui aurait été manipulée à l'échelle nanométrique, alors même que ses propriétés s'en trouveraient changées. Il conviendrait donc d'envisager une importante adaptation du règlement, et ce alors que le texte adopté est ce qu'on appelle pudiquement un « texte de compromis », fruit d'une âpre et longue discussion. Autant dire qu'une telle adaptation n'est pas pour demain.

Principe de précaution. Pourrait-on solliciter le *principe de précaution* pour appréhender les risques liés aux nano-biens et mettre en place une forme de régulation ? Désormais doté de solides fondements en droit européen et en droit constitutionnel, le principe de précaution doit conduire les pouvoirs publics, en cas d'incertitude quant aux risques pour l'environnement ou la santé publique, à mettre en œuvre un certain nombre de mesures. Le *contenu* de ces mesures n'est pas fixé, mais il ne s'agira qu'exceptionnellement de prononcer une forme d'interdiction. Au contraire, la mise en œuvre du principe de précaution impose, face au risque incertain, « de trouver un équilibre entre une protection anticipée et tâtonnante de l'environnement ou de la santé des personnes, et des atteintes aux libertés économiques ». Il s'agit, en d'autres termes, de mettre en place des mesures provisoires, proportionnées au risque virtuel, et acceptables d'un point de vue économique.

Sur le principe, il est difficile de ne pas être d'accord. Mais en pratique, toute la difficulté consistera à placer le curseur au bon endroit. Le moins que l'on puisse dire est que, jusqu'à présent, les pouvoirs publics se sont contentés de mesures « légères », comme la mise en place d'un observatoire des nanotechnologies à l'échelle européenne ou l'adoption d'un code de bonne conduite.

Pour l'heure, la mise en œuvre du principe de précaution consiste surtout à développer la connaissance des nanomatériaux et, plus précisément, la connaissance des risques liés à la diffusion des nano-biens, comme la *nanotoxicologie*. La Commission européenne fait ainsi état de la nécessité, au nom de la santé publique, d'« améliorer la base de connaissances par la recherche, les comités scientifiques, la mise en commun d'informations et la communication ».

En définitive, c'est donc un appel à la science qui est lancé, un appel à ces scientifiques auxquels on demande, dans le même temps, de développer sans cesses de nouvelles applications pratiques basées sur les nanosciences et les nanotechnologies. En d'autres termes, on peut penser que les financements iront plus facilement aux travaux permettant de découvrir de nouvelles applications pour les nanotechnologies qu'à ceux destinés à comprendre et évaluer les risques potentiels. Pour l'heure donc, il semble bien que l'on privilégie l'incitation et le risque, au détriment de l'interdiction et de la prudence. Pour combien de temps encore ? •••

(16) S. DEMOULIN et G. CANSELIER, « Les incertitudes scientifiques et la protection de la santé des travailleurs : l'exemple des nanoparticules manufacturées et des nanomatériaux», *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, Actes du colloque des 7 et 8 juillet 2008 IFR – Université de Toulouse, Lextenso, 2009, p. 346. (17) On trouve sur internet une base de données des produits commercialisés qui incorporent des nanomatériaux : ‹www.nanotechproject.org› (18) Voy. l'art. 19 g) ii) du Règlement CE 1223/2009 relatif aux produits cosmétiques : « Tout ingrédient présent sous la forme d'un nanomatériau doit être clairement indiqué dans la liste des ingrédients. Le nom de l'ingrédient est suivi du mot "nano" entre crochets ». (19) En faveur de cette extension, voy. not. C. WEILL, *art. préc.*, p. 51. (20) Voy. art. 5 de la Charte de l'environnement de 2004. (21) Rappr. J.-M. FAVRET, *art. préc.*, qui observe que « même s'il peut conduire dans certains cas au moratoire, le principe de précaution n'incite pas à l'inaction ou à l'abstention systématique ». (22) L. DRIGUEZ, *ibid.* (23)COM/2007/0505 final. (24) En ce sens, voy. E. GAFFET, « Nanomatériaux : différentes voies de synthèse, propriétés, applications et marchés », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, n°1, 2008, p. 19 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « La sécurité sanitaire et écologique vis-à-vis des nanomatériaux », *Cah. Droit, Sc. et Technologies*, n°1, 2008, p. 67.

Le monopole des manifestations sportives est loin d'être absolu

CA Paris, Pôle 5, 1re ch., 16 mars 2011, n°09/22229, *Sté FFR c/ SARL VIP Consulting*

Pierre-Dominique CERVETTI
Rédacteur en chef
ATER
Centre de droit économique
Promotion 2007

1. Le monopole d'exploitation des compétitions sportives au cœur de la question des « nouveaux biens ». « Spontané ou organisé, individuel ou collectif, connu de ses seuls "témoins", l'événement n'existe pour le plus grand nombre qu'au travers de sa narration ou de sa retransmission »[1]. Par cette observation, Nathalie Mallet-Poujol décrit parfaitement l'importance que revêt la communication de l'évènement sportif dans le processus de réification. En effet, tant qu'elle relève du fait juridique, la manifestation sportive ne peut être considérée comme un bien. Ce n'est qu'en tant qu'évènement, organisé et susceptible d'être exploité, que cette manifestation acquiert une valeur et, partant, peut intégrer la catégorie des biens.

La reconnaissance par le législateur d'un monopole sur la compétition sportive trouve d'ailleurs sa raison d'être dans la nécessité d'assurer, pour l'organisateur, un retour sur investissement. Si la seule référence à l'usage suffisait, par le passé, à récompenser celui qui supporte la charge d'une organisation coûteuse, lui permettant d'organiser contractuellement l'exploitation de la compétition sportive, la consécration légale aurait dû conférer au dispositif une sécurité juridique certaine[2]. Il ne fait aujourd'hui plus de doute que l'exploitation d'une manifestation sportive, en ce qu'elle constitue une source importante de revenus, est frappée du sceau de l'exclusivité. Pourtant, en dépit de ces quelques certitudes, force est d'admettre que l'absence de précision prévue par la loi concernant la nature de l'exploitation soulève une série de questions. Qu'il s'agisse du périmètre du monopole octroyé ou des exceptions susceptibles de lui être opposées, ces interrogations nous renvoient, par un abondant contentieux, à la sagacité des juges[3]

2. Les faits. Tout en se distinguant des cas dans lesquels l'on invoque habituellement, depuis quelques années, la protection du monopole d'exploitation des compétitions sportives, l'affaire soumise à notre propos s'intègre parfaitement dans cette problématique. En l'espèce, la Fédération Française de Rugby (FFR), qui a pour objet d'encourager et de développer la pratique de ce sport, a assigné une société de communication qui, dans le cadre de son activité, utilise l'image de joueurs du XV de France en tenue de match. Elle lui reproche, en sus d'une atteinte à son monopole d'exploitation, la violation de la Charte des sportifs de haut niveau, des agissements parasitaires, une publicité trompeuse et des actes de contrefaçon par reproduction des marques dont elle est titulaire.

En définitive, si la loi a consacré au profit des organisateurs un monopole de droit, son inconsistance les encourage encore à multiplier les prétentions, au risque d'en diluer fortement les effets.

La reconnaissance d'un monopole sur la compétition sportive trouve sa raison d'être dans la nécessité d'assurer un retour sur investissement

La Cour d'appel de Paris confirme la décision des premiers juges, limitant ainsi drastiquement le monopole octroyé aux organisateurs de manifestations sportives. Outre cette déconvenue, l'organisateur échoue dans l'ensemble de ses demandes.

(1) N. MALLET-POUJOL, « La retransmission télévisuelle des évènements : entre monopole d'exploitation et pluralisme de l'information » : *D.* 1996, p. 103, n°2. (2) Avant d'avoir été consacré légalement, ce monopole s'est fondé sur des usages (Voy. *infra*, CA Lyon, 26 mars 1987). En dépit de la reconnaissance légale, les usages sont toujours très présents en cette matière (Sur ce thème, J.-P. KARAQUILLO, « Les normes des communautés sportives et le droit étatique » : *D.* 1990, p. 83). En témoigne l'accord portant code de conduite relatif à la radiodiffusion des évènements sportifs élaboré en 1995, sous l'égide conjointe du CSA, du ministère de la Jeunesse et des Sports et des chaînes de télévision françaises, auquel la jurisprudence de l'Union ne manque pas de se référer (CJCE, gde ch., 13 juill. 2004, aff. C-429/02, *Bacardi France SAS c/ TF1 SA*). (3) A ce propos, le secteur des jeux et paris en ligne a longtemps confisqué l'attention du prétoire. Voy. CA Paris, 14 oct. 2009 : *Cah. dr. sport* 2009, n° 17, p. 187, note G. LEBON et Th. VERBIEST ; dans la même affaire, TGI Paris, 30 mai 2008 : *Légipresse* 2008, n° 254, III, p. 139, note D. PORACCHIA et J.-M. MARMAYOU ; *D.* 2008, p. 1619, obs. C. Manara ; *D.* 2009, p. 519, obs. F. Alaphilippe ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 103, note A. Debet ; *Comm. com. électr.* 2008, chron. 10, n°5, obs. J.-M. MARMAYOU. – CA Paris, Pôle 5, 2e ch., 11 déc. 2009 : *Cah. dr. sport* 2010, n°19, p. 106, note B. GRIMONPREZ et p. 112, note P.-D. CERVETTI ; dans la même affaire, TGI Paris, 30 janv. 2008 : *Comm. com. électr.* 2008, chron. 10, n°3, obs. D. PORACCHIA ; *Cah. dr. sport* 2008, n°11, p. 177, note M. JEAN-PIERRE. – CA Paris, Pôle 5, 2e ch., 2 avr. 2010 : *Cah. dr. sport* 2010, n°20, p. 157, note G. LEBON et E. WERY et p. 165, note B. GRIMONPREZ ; dans la même affaire, TGI Paris, 17 juin 2008 : *Cah. dr. sport* 2008, p. 149, note L. CATTARUZZA ; *Comm. com. électr.* 2008, chron. 10, n°4, obs. J.-M. MARMAYOU.

3. Un pas de plus dans la définition du monopole d'exploitation. Si elle ne permet pas de lever toutes les ambigüités, la décision rendue par les magistrats parisiens autorise néanmoins quelques observations. Ainsi, bien qu'une réponse légale ait été privilégiée, la question se pose toujours de savoir si le monopole d'exploitation conféré aux fédérations sportives est absolu ou s'il doit être limité à certains droits d'exploitation. De plus, les demandes subsidiaires de la FFR soulèvent encore la question de la reconstruction imparfaite du monopole d'exploitation par des mécanismes du droit commun et du droit de la propriété intellectuelle.

4. Plan. De cette nouvelle décision, il convient de tirer deux enseignements. Tout d'abord, les juges du fond confirment une vision restrictive du monopole d'exploitation limité aux compétitions clairement identifiées par l'organisateur (**I**). Ensuite, il faut conclure avec eux à la nécessaire coexistence des opérateurs économiques et placer sous surveillance les tentatives de reconstruction du monopole (**II**).

I. Une limitation affirmée du monopole d'exploitation

5. Plan. L'actualité brûlante en la matière nous conduit donc à considérer le monopole d'exploitation des manifestations sportives comme un « bien nouveau » qu'il convient, tout à la fois, d'identifier (**A**) et de délimiter (**B**).

A. Le monopole d'exploitation des compétitions sportives : un objet juridique à identifier

6. Définition des « nouveaux biens ». Aborder, sous ce prisme, la question des nouveaux biens suppose une définition préalable de ceux-ci. En l'absence de précisions légales, celui qui se risque à un tel exercice peut rapidement glisser vers le catalogue, dressant un inventaire à la Prévert d'objets juridiques non-identifiés. Pourtant, si l'exercice semble périlleux, ce qui relève d'un excès de témérité ou d'une pure inconscience n'en est pas moins une étape indispensable. Ainsi, selon une première définition, intègrent la catégorie des « nouveaux biens », toutes choses, corporelles et incorporelles, utiles et appropriables, dont la nature intrinsèque ne permet pas qu'on leur applique *in extenso* l'ensemble des attributs propriétaires posés par l'article 544 du Code civil. En d'autres termes, les choses qui ne rentrent pas dans le cadre traditionnel posé par le Code, tant sur le terrain de l'acquisition du droit de propriété que sur celui de son exploitation, mais dotées d'une valeur économique certaine, pourraient intégrer cette définition.

Certes, une telle approche aurait probablement pour conséquence d'accueillir dans son giron une grande variété de choses aux natures les plus diverses. A cette « prolifération anarchique »[4] des nouveaux biens répond la volonté d'encadrer ce phénomène, soit par un acte d'autorité, soit au moyen de solutions contractuelles.

7. Du pouvoir d'inclusion de l'autorité publique. C'est à l'autorité publique que nous devons la création du monopole d'exploitation des compétitions sportives. Plus précisément, c'est l'article 18-1 de la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 tel qu'il résulte de la réforme opérée par la loi n°92-652 du 13 juillet 1992, qui affirme pour la première fois que « le droit d'exploitation d'une manifestation sportive appartient à l'organisateur de cet évènement, tel qu'il est défini aux articles 17 et 18 ». Ainsi, le Code du sport dispose aujourd'hui, à l'article L. 333-1, que « les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnés à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent ». En d'autres termes, le droit de propriété conféré adopte la forme d'un monopole d'exploitation portant sur une chose incorporelle et permettant à celui qui s'investit dans la création et l'organisation de la manifestation d'en retirer tous les fruits.

8. D'une reconnaissance préalable de la jurisprudence. Loin d'être une création originale, l'œuvre du législateur constitue plutôt l'adaptation d'une situation de fait qui, par le passé, relevait de l'usage. La jurisprudence n'avait pas manqué de constater, à plusieurs reprises, l'existence d'un monopole d'exploitation sur le spectacle sportif, sans pour autant l'assimiler au sacro-saint droit de propriété protégé par l'article 544 du Code civil. En témoigne notamment un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon[5] dans une affaire opposant le club de football de Saint-Etienne et une radio locale. En l'espèce, la société sportive souhaitait interdire la diffusion, sur les ondes, des matchs se déroulant sur son terrain. Si elle ne précise pas la nature de ce droit, la décision des magistrats lyonnais mérite toutefois que l'on s'y attarde. Pour les juges, « attendu qu'il est de pratique courante que les organisateurs de spectacles sportifs, notamment de matchs, se réservent le droit d'en monnayer la diffusion par radio ou télévision ; que cette pratique est largement établie sur le territoire national et qu'elle est consacrée tant par la doctrine que par la jurisprudence française et étrangère [...] ; Attendu qu'il n'est pas sérieusement contestable qu'une telle pratique, devenue une habitude puisque exercée de façon constante depuis un certain nombre d'années, constitue un usage créateur d'un droit et que sa transgression, en l'espèce la diffusion d'un match sans accord et contre le gré de l'ASSE, est bien un trouble manifestement illicite [...] ». En conséquence, les juges s'accordent sur l'existence d'un droit exclusif au profit de l'organisateur d'une manifestation sportive.

9. La protection d'un investissement. La consécration de ce monopole vient récompenser les lourds investissements réalisés pour l'organisation de telles manifestations et permettre, à travers une protection juridique

(4) Selon l'expression de H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens » : *JCP G* 2010, doct. 1100, p. 2071, n°2. (5) CA Lyon, 1re ch. civ., sect. B, 26 mars 1987 : *D.* 1988, p. 558, obs. J. Azéma, J. Garagnon et Y. Reinhard.

efficace, une relative rentabilité économique. C'est à cet égard que Christophe Caron, professant qu'il serait dangereux que l'appropriation de l'immatériel se développe en dehors du Code de la propriété intellectuelle, rattache le monopole d'exploitation sur les manifestations sportives au domaine des droits voisins du droit d'auteur. Selon cet éminent auteur, « même s'il n'existe pas de réelle proximité avec le domaine culturel, ce droit répond à la logique qui préside à tous les droits voisins. Il s'agit de protéger des investissements en accordant, afin de les rentabiliser, un monopole ». En d'autres termes, il semblerait que le législateur ait souhaité construire ce monopole à l'image des droits voisins du droit d'auteur dont la protection de l'investissement constitue la pierre angulaire.

Toutefois, si l'existence d'un monopole d'exploitation profitant aux organisateurs de manifestations sportives ne fait plus aucun doute, certaines interrogations subsistent quant à son assiette.

B. Le monopole d'exploitation des compétitions sportives : un objet juridique à délimiter

10. Une tendance restrictive réaffirmée par les juges du fond. La décision ci-rapportée traduit d'ailleurs un certain malaise quant à la question du périmètre de la manifestation sportive, objet du monopole. En effet, en précisant que « toute forme d'activité économique ayant pour finalité de générer un profit et qui n'aurait pas d'existence si la manifestation sportive [qui] est le prétexte ou le support nécessaire n'existait pas, doit être regardée comme une exploitation au sens de ce texte », les magistrats parisiens semblent d'abord incliner pour une vision large du monopole. Néanmoins, concluant qu'il résulte aussi de l'article L. 333-1 du Code du sport que « pour être caractérisée, une atteinte à la propriété des droits visés suppose que soient identifiées les compétitions ou manifestations sportives dont l'exploitation est en cause », la Cour rejette l'idée selon laquelle le monopole doit étendre ses effets en dehors de la manifestation visée. En l'espèce, la FFR n'a pu désigner la ou les compétitions sportives ayant servi de prétexte ou de support aux faits reprochés ou, du moins, elle n'apporte pas la preuve que les photographies des joueurs du XV de France ont été réalisées au cours d'une manifestation organisée sur le territoire national, plus précisément – comme elle le prétend –, lors du tournoi des six nations.

On l'a bien compris, si le droit du propriétaire permet de s'opposer efficacement à l'exploitation concurrente d'éléments tirés de la manifestation qu'il organise, les juges du fond ne sont toutefois pas enclins à lui confier un blanc-seing permettant d'en interdire toutes les utilisations. La décision faisant l'objet de notre propos s'inscrit d'ailleurs dans une démarche résolument restrictive que la jurisprudence de la Cour de cassation ne laissait pourtant pas présager. En effet, la Haute juridiction avait, sur ce point, décidé qu'un tiers ne pouvait réutiliser des clichés pris à l'occasion d'une compétition pour illustrer celle dont il est l'organisateur et ce, en dépit des modifications apportées de façon telle que l'on ne puisse identifier la compétition initiale. Dès lors, s'il convient de ne pas étendre démesurément le domaine du monopole, la seule condition posée par la Cour de cassation précisait que celui-ci ne doit porter que sur les clichés réalisés « à cette occasion ».

Il est donc fortement conseillé d'organiser contractuellement la captation d'images et de sons représentant les moments en marge de la compétition. A défaut de telles précautions, les images et sons captées pourraient être librement exploités par les entreprises de communication audiovisuelle présentes lors de la manifestation.

En définitive, l'arrêt rapporté illustre la méfiance des juges du fond à l'égard des monopoles ; cette méfiance projetant ses effets sur les autres prétentions tendant, à mots couverts, à reconstruire, à la marge, le droit de propriété que la loi reconnaît aux organisateurs de manifestations ou de compétitions sportives.

II. Une reconstruction avortée du monopole d'exploitation

11. Plan. La tentative de reconstruction du monopole opérée par la FFR empruntait tout à la fois les mécanismes du droit de la responsabilité civile (A) et ceux propres au droit de la propriété intellectuelle (B)[13].

(6) F. Rizzo, « Régime juridique des évènements sportifs » : *J.-Cl. Communication*, Fasc. 4125, 2010, n°8 et s. (7) Ch. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle » : *JCP* G, 2004, I, 162. (8) Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2e éd., 2009, n° 625. (9) En approfondissant l'analyse, il nous faut souligner à nouveau que les éléments de preuve rapportés doivent viser avec précision la compétition sportive au cours de laquelle les clichés ont été réalisés ; la représentation des logos « France 2 » ou « GMF » sur le ballon, ainsi que la présence de panneaux publicitaires de partenaires du Stade de France, accréditant simplement l'idée que ces photographies ont été réalisées sur le territoire national. (10) Cass. com., 17 mars 2004, n°02-12.771 : *Bull. civ.* IV, n°58 ; Juris-Data n°2004-022872 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 52, obs. Ch. Caron ; *Cah. dr. sport* n°1, 2005, p. 163, note D. Poracchia. En l'espèce, la société organisatrice des « 24 heures sur glace de Chamonix » avait utilisé des clichés réalisés lors du « Trophée Andros », en supprimant la marque éponyme, apposée à cette occasion sur les véhicules et les combinaisons des pilotes. Les juges du fond avaient rejeté les prétentions de la société Andros, relevant qu'elle ne justifie d'aucun droit sur les photographies litigieuses, tant sur les véhicules reproduits que sur l'image des pilotes. Ils sont censurés en ces termes : « L'organisateur d'une manifestation sportive est propriétaire des droits d'exploitation de l'image de cette manifestation notamment par diffusion de clichés photographiques réalisés à cette occasion ». (11) Ce qui semble exclure les photographies réalisées en marge de la compétition sportive, notamment au cours des essais qualificatifs d'une compétition automobile, des échauffements qui précèdent une rencontre de rugby, ou de la mi-temps d'un match de football. Voy. F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, LGDJ, 1re éd., 2006, n°1011. Les auteurs suggèrent que de tels moments puissent être considérés comme appartenant à la manifestation ou à la compétition sportive dès lors que les sportifs demeurent toujours soumis au pouvoir de l'organisateur. (12) L'article L. 333-6, alinéa 1er du Code du sport prévoit que « l'accès des journalistes et des personnels des entreprises d'information écrite ou audiovisuelle aux enceintes sportives est libre sous réserve des contraintes directement liées à la sécurité du public et des sportifs, et aux capacités d'accueil ».

A. La reconstruction du monopole par les mécanismes de la responsabilité civile

12. L'inopposabilité de la Charte du sportif de haut niveau. Il était tout d'abord reproché à la société de communication de permettre à leurs clients, par fourniture de moyens, de ne pas respecter les engagements contractuels qu'ils avaient par ailleurs souscrits ; précisément au regard du contrat intitulé « Charte du sportif de haut niveau »[14] que chaque joueur sélectionné en équipe de France était invité à signer. Aux termes de celui-ci, « toute action individuelle, commerciale ou promotionnelle menée par le joueur, faisant référence à son statut d'international, devra être soumise à l'accord préalable de la FFR »[15]. C'est fort classiquement que les juges du fond ont refusé de reconnaître l'opposabilité aux tiers de ce contrat dans la mesure où, ne constituant pas un véritable usage, la FFR ne peut rapporter la preuve d'une connaissance, par la société intimée, de l'existence de cette charte ainsi que de l'intention des joueurs de se dispenser de solliciter l'autorisation visée.

Il ne nous appartient pas, en l'espèce, d'épiloguer sur les liens qui unissent usages et contrats-types. Toutefois, il convient d'encourager les fédérations sportives à informer massivement les opérateurs économiques sur l'existence d'une telle charte en diffusant son contenu au sein des milieux professionnels intéressés[16]. Pourtant, en dépit d'une parfaite information des acteurs, il faut soulever une réserve quant à la force contraignante de cette convention, dans la mesure où, fondée sur des principes déontologiques du sport, aucune sanction n'est attachée à sa méconnaissance. Partant, si l'on a pu voir dans cette convention l'illustration d'une tentative de reconstruction du monopole d'exploitation – la fédération ayant la possibilité de délivrer des autorisations concernant l'utilisation de clichés représentant le sportif revêtu des emblèmes nationaux –, force est d'admettre le peu de fortune de cette prétention.

13. L'absence de démonstration d'agissements parasitaires. Lorsque l'exploitation d'images et de sons captés pendant une manifestation sportive n'est pas couverte par le monopole légal, la tentation est forte d'emprunter, pour le reconstruire, la voie de l'action en concurrence déloyale et parasitaire. La pratique n'est pas nouvelle ; la jurisprudence ayant largement reconnu, en matière d'exploitation non autorisée d'objets protégés par un droit intellectuel, la complémentarité des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale, dès lors que chacune des actions repose sur la démonstration de faits distincts[17]. Pourtant, la plasticité de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil permet bien souvent d'obtenir, par le fait juridique, ce que le droit n'autorise pas.

Si la pratique des plaideurs apparaît, à bien des égards, suspecte, la jurisprudence a largement contribué au brouillage des pistes. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui, dans une affaire opposant les sociétés Tour de France SA et Amaury Sport Organisation à une société ayant produit des vidéocassettes retraçant l'histoire du Tour de France grâce à des images reproduites, reconnaît, aux deux organisatrices de l'épreuve, un monopole sur celle-ci, dont le domaine d'application concerne tous les droits d'exploitation[18]. Reposant sur l'article 1382 du Code civil, ce droit d'exploitation semble s'étendre au-delà du périmètre du monopole prévu à l'article L. 333-1 du Code du sport, couvrant bien évidemment les droits audiovisuels mais plus largement tous les droits attachés à la commercialisation de l'évènement[19].

(13) Nous avons volontairement choisi d'écarter la demande portant sur l'article L. 121-1 du Code de la consommation, réprimant les pratiques commerciales trompeuses, dans la mesure où cette prétention était totalement dépourvue d'arguments probatoires sérieux. (14) Ce contrat-type a été élaboré en application de la Charte du Sport de Haut-Niveau qui a suivi la loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et conformément aux règles de l'*International Rugby Board*. (15) Charte du sportif de haut niveau, Annexe VI, Règle 13. (16) A supposer que la convention imposant au sportif de haut-niveau, évoluant en équipe nationale, de solliciter l'autorisation de sa fédération pour exploiter individuellement son image, lorsqu'elle représente son statut d'international, soit dotée d'une force contraignante, la connaissance par un tiers de son existence aurait pour conséquence de le constituer de mauvaise foi et, ainsi, d'engager sa responsabilité civile délictuelle. (17) Cass. com., 9 mars 1981, n°79-14.540 : *Bull. civ.* IV, n° 121. Plus récemment, Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-17.092 : *Propr. ind.* 2009, chron. 5, n°8, obs. J. Larrieu ; décidant que « l'action en concurrence déloyale n'est pas un succédané de l'action en contrefaçon et exige la preuve d'une faute relevant de faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon ». (18) CA Paris, 4e ch., sect. A, 28 mars 2001 *Sté Gemka Production SA* c/ *Sté Tour de France SA et Sté Amaury Sport Organisation* : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 14, note Ch. Caron). Selon la cour : « Il est constant que la société du Tour de France (...) a réalisé des investissements financiers et humains particulièrement importants pour organiser la manifestation sportive du Tour de France et lui donner ce retentissement international et cette popularité qui en font l'un des événements sportifs de l'année les plus connus et les plus suivis par le public ; qu'elle détient sur l'épreuve elle-même un droit d'exploitation, en dehors du droit à l'information, qui l'autorise légitimement, en raison de l'importance des investissements réalisés, à recueillir les fruits des efforts qu'elle consacre à cette manifestation, que celle-ci soit ou non antérieure à la loi de 1984 qui est venue définir les termes exacts de ce droit exclusif ; qu'il convient d'assurer que ces fruits lui permettent au surplus d'assurer la pérennité de la compétition ; qu'en exploitant l'événement pour la période allant de 1904 à 1980 sans l'autorisation de l'organisateur, la société Gemka Production a d'évidence cherché à s'approprier, à moindre coût, les efforts de ceux qui ont contribué et qui contribuent au succès de cette manifestation sportive et à tirer profit, indirectement, de la publicité résultant de l'exploitation audiovisuelle régulière faite par la société ASO pour la période ultérieure ; que de ce comportement s'infère un préjudice d'autant plus grave qu'il banalise l'historique du Tour de France que la société du Tour de France peut légitimement penser être en droit d'exploiter au moment où elle juge opportun et que l'exploitation déloyale à laquelle se livre la société Gemka Production laisse nécessairement croire dans l'esprit du public qu'elle agit avec le consentement des organisateurs de la compétition et sous son égide ; que le fait, pour la société Gemka Production, d'avoir acquis les droits sur les images reproduites dans les vidéocassettes qu'elle a réalisées, ne la privait pas de l'obligation de solliciter l'autorisation de la société du Tour de France ». (19) Voy. F. Rizzo, « Régime juridique des évènements sportifs » : *op. cit.*, *loc. cit.* Voy. encore, interdisant la publication d'un ouvrage comprenant des photographies et un récit de l'épreuve des « 24 heures du Mans », T. com. Nanterre, 12 déc. 2002, *ACO et ASAACO* c/ *SARL Dragoon éditions* : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 14, note Ch. Caron.

En dépit d'une jurisprudence favorable, l'arrêt rapporté rejette l'action fondée sur les agissements parasitaires de la société de communication. Si, en proposant à ses clients de promouvoir leur image ou leur marque en les associant à celle des joueurs du XV de France, cette société s'inscrit volontairement dans le sillage de la fédération, il n'est pas rapporté qu'elle bénéficie des flux économiques générés par l'activité sportive exploitée ou des investissements réalisés. Dès lors, chargée par des personnalités connues du public souhaitant tirer avantage de leur popularité de leur trouver des partenaires susceptibles d'être intéressés par l'utilisation de leur renommée à des fins publicitaires, « la société VIP Consulting met nécessairement en évidence les éléments de notoriété de la personnalité qu'il s'agit de valoriser, soit, pour un joueur de rugby, ses qualités sportives personnelles auxquelles il doit sa sélection dans l'équipe de France ». En conséquence, il semble de bon ton de conclure que « cette mise en valeur de la caractéristique essentielle de la personne qu'il s'agit de promouvoir, et qui justifie le partenariat recherché, ne profite pas directement à la société VIP Consulting, mais d'abord à ses clients de part et d'autre ; qu'elle ne peut donc être regardée comme un acte de parasitisme commis au détriment de la FFR ». Si l'argument ne nous satisfait pas pleinement, il faut toutefois reconnaître, en filigrane, que la volonté d'imposer une politique jurisprudentielle tendant à limiter le périmètre du monopole d'exploitation sur la manifestation sportive, en interdisant sa reconstruction par des mécanismes alternatifs, justifie quelques ruses.

Néanmoins, il nous aurait semblé plus juste que le juge tente de distinguer, à travers la notion de notoriété[20], celle qui s'attache, telle une qualité essentielle, à la personne du sportif, indépendamment de ses sélections en équipe nationale, et celle qui lui succède directement. En d'autres termes, ne pourrait être appréhendée par la sanction des agissements parasitaires que l'utilisation d'une notoriété-accessoire, acquise grâce aux investissements réalisés par la FFR ; la notoriété-principale, intrinsèquement liée à la personne du sportif, devrait pouvoir être exploitée sans l'autorisation de la fédération. Nous convenons tout de même qu'un tel raisonnement soulève une casuistique qui aurait certainement eu pour effet de diluer l'impact d'une décision sonnant comme un appel au législateur.

B. La reconstruction par les mécanismes propres au droit de la propriété intellectuelle

14. L'absence d'atteinte à la fonction d'indication d'origine. La dernière tentative de reconstruction du monopole se porte, presque naturellement, sur le terrain des droits de la propriété intellectuelle. Bien sûr, il ne s'agit pas, pour l'organisateur, de réclamer la protection de la manifestation sportive sur le fondement d'un droit intellectuel, mais plutôt de faire respecter les droits exclusifs qu'il détient sur ses signes distinctifs.

Outre l'utilisation, sur son site internet, de photographies, à peine retouchées, représentant des joueurs de l'équipe nationale de Rugby, la société de communication a reproduit la marque « XV de France » pour intituler l'un de ses courriels destinés à proposer à ses clients l'utilisation de l'image des sportifs tricolores.

L'arrêt rapporté s'inscrit dans le sillage des décisions antérieures[21] qui ont conclu que la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine des produits ou services litigieux. La Cour de justice avait d'ailleurs, à ce propos, rappelé et précisé que l'usage de marque interdit est celui qui porte ou est susceptible de porter atteinte « à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services, en raison d'un risque de confusion dans l'esprit du public, défini comme le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement »[22]. Cette redéfinition de la fonction de la marque traduit, une fois de plus, la méfiance des juges à l'égard des monopoles. En effet, comme l'observe fort justement une auteure[23], la fonction de garantie d'origine semble avoir phagocyté la fonction d'exclusivité ; ce qui a pour conséquence ou pour effet de restreindre la portée de la protection octroyée au titulaire du signe distinctif en lui interdisant d'en contrôler toutes les utilisations.

Dans notre cas d'espèce, la Cour rappelle que « l'utilisation par la société VIP Consulting des signes « XV de France » ou « FFR », même si elle se situe dans le contexte d'une activité commerciale et de la vie des affaires, n'a pas pour fonction de garantir la provenance ou l'origine de ses produits ou services, qui consistent à mettre en relation une personne connue avec une entreprise commerciale pour permettre à la seconde d'exploiter à des fins publicitaires la notoriété de la première, mais seulement d'informer l'entreprise cliente sur les éléments constitutifs de cette notoriété et lui permettre d'en apprécier la pertinence au regard de l'image qu'elle souhaite se donner dans le public par le moyen de sa communication publicitaire ». Comme précédemment, ce raisonnement n'emporte pas notre pleine conviction.

Si l'on conçoit parfaitement que l'utilisation des signes appartenant à la FFR ne correspond pas nécessairement à un usage à titre de marque, on peut difficilement soutenir que la société VIP Consulting n'entendait pas promouvoir, auprès de ses clients, sa propre activité commerciale. Pourtant, les magistrats parisiens

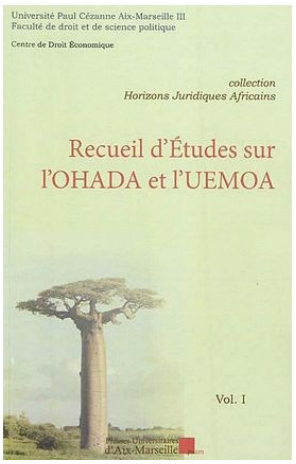
(20) Sur cette notion, Voy. C.-A. Maetz, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, PUAM, 2010, préf. J. Mestre et D. Poracchia. (21) CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin* c/ *Terranova* : *Rec. CJCE* 1976, p. 1039 ; CJCE, 12 nov. 2002, « Arsenal » : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 10273 ; *RJDA* 2003/2, n° 204 et 2003/3, chron. p. 195, J. Passa. (22) CJCE, 1re ch., 12 juin 2008, aff. C-533/06, « O2 Holding » : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 4231 ; *Propr. ind.* 2008, comm. 61, A. Folliard-Monguiral, v. spéc. pt. 59. (23) P. Tréfigny-Goy, « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque » : *Propr. ind.* oct. 2010, doss. 5, spéc. n°11.

repoussent l'atteinte à la fonction de communication et de publicité de la marque, indiquant que l'utilisation des signes distinctifs permet uniquement de décrire « l'élément constitutif de la notoriété de la personnalité désireuse de valoriser son image en l'associant à celle d'une entreprise commerciale ».

15. En attendant une nouvelle précision du législateur... En conclusion, lorsque le cœur de la jurisprudence balance entre une conception restrictive ou extensive du monopole d'exploitation des compétitions sportives, la doctrine s'interroge. Aussi, l'on pouvait souscrire à l'idée d'un auteur[24] qui, à propos des variations opérées par la jurisprudence, conditionnait le choix d'une conception extensive à la confrontation « d'une activité génératrice de revenus, au centre de laquelle se trouve la compétition et qui a pour objet ou pour effet de proposer un produit ou un service qui ne se distingue pas de l'activité sportive »[25] et le choix d'une conception restrictive à la présence « d'une activité économique, au centre de laquelle se trouve la compétition, mais qui a pour objet ou pour effet d'établir des offres qui se distinguent manifestement de l'activité sportive »[26].
Aujourd'hui, les repères sont brouillés et il semble délicat, voire impossible, de dresser une ligne jurisprudentielle stable. Tout au plus, faudrait-il lire entre les lignes d'une telle décision la volonté d'interpeller le législateur sur la question du périmètre de ce bien nouveau[27] ; car s'il est vrai que c'est dans les lacunes de la loi que s'exprime l'intelligence du juge, il faut toutefois admettre qu'il n'appartient pas à celui-ci de se substituer, dans ses fonctions, au législateur.

(24) J.-M. MARMAYOU, « Les résultats d'un match appartiennent-ils à son organisateur ? », obs. sous TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 30 mars 2010, n° 08/07671, *FFR* c/ *Fiat France et a.* : *Comm. com. électr.* 2010, chron. 10, n°3. (25) Voy. CA Paris, 28 mars 2001 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 14, note Ch. CARON. (26) Voy. TGI Paris, 9 déc. 2008 : *Cah. dr. sport* 2009, n° 16, p. 140, note G. LEBON et T. VERBIEST. (27) La loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne (*JO* 13 mai 2010), fournit un début de réponse puisque son article 63 exige des opérateurs de paris sportifs en ligne, en plus de l'agrément de l'ARJEL, qu'ils obtiennent des organisateurs de compétitions sportives l'autorisation de proposer des paris sur leurs manifestations. Critiquant le principe d'une extension du monopole, Voy. D. BOSCO et J.-M. MARMAYOU, « Proposition pour une loi à l'essai. A propos de la loi du 12 mai 2010 sur les jeux et paris en ligne » : *Comm. com. électr.* sept. 2010, ét. 16, spéc. n°5.

Actualités



Éditeur : PUAM
Collection : Horizons juridiques africains
ISBN : 978-2-7314-0741-9
Nb de pages : 690 p.
Parution : 02/2011
Prix : 36,00 €

RECUEIL D'ETUDES SUR L'OHADA et L'UEMOA
Volume 1
CENTRE DE DROIT ÉCONOMIQUE

Présentation Jacques MESTRE (extrait de l'avant-propos)

« Riche, depuis fort longtemps et tout à la fois, d'une singularité et d'un pluralisme qui lui valent une place particulière, le droit africain vient, en l'espace d'une vingtaine d'années, d'être carrément mis sous les feux de la rampe !
[...] La Revue de la Recherche Juridique, *éditée par les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, a ainsi pu en faire l'heureux constat depuis plusieurs années, en accueillant, toujours avec le plus grand plaisir, de nombreuses publications provenant d'universitaires de l'Afrique francophone. D'où l'idée qui nous est venue de mieux faire apparaître la richesse de tous ces apports individuels par une publication collective qui collationne toutes ces contributions, tournées pour l'essentiel vers l'OHADA et, plus accessoirement, vers l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine dont les incidences juridiques sont elles-mêmes loin d'être négligeables.*
[...] Mais là ne s'arrête pas notre ambition. Cet ouvrage collectif ne se veut, en effet, que le premier d'une collection que le Centre de Droit Économique a souhaité créer au sein des Presses Universitaires d'Aix-Marseille, afin de faire durablement porter le regard sur ces nouveaux Horizons Juridiques Africains... ». •••

Les films projetés salle Armand Lunel

Guillaume GRUNDELER
Doctorant contractuel
Centre de droit économique
guillaume.grundeler@gmail.com
Promotion 2009

Projections :
Cité du livre
Institut de l'image
Salle Armand Lunel
8 / 10 rue des Allumettes
13100 Aix-en-Provence

C'est malheureux, il se rencontre assez peu d'idarques dans la salle de cinéma de l'Institut de l'image. A vrai dire, il ne s'y rencontre pas grand monde… Quelques retraités bien inspirés viennent ici occuper quelques heures. En journée, on peut également y croiser quelquefois une horde de collégiens chahuteurs qu'un téméraire enseignant a eu l'audace d'amener jusqu'ici. Mais, à ce qu'il nous semble, d'idarques point ! La fréquentation des salles obscures serait-il alors un plaisir que, trop affairés, ils délaissent ? Il faut espérer que, tout simplement, l'information ne leur est pas parvenue !

Voici donc un court rappel en forme de publicité. L'Institut de l'image est une association qui organise des projections dans la salle Armand Lunel, la salle de cinéma de la bibliothèque Méjanes. Chaque mois, un thème – *films russes*, *westerns*, *road-movies*, *science et cinéma*, *cinéma et droits de l'homme* – ou un réalisateur – Dreyer, Lubitsch, Melville, Tim Burton, les frères Coen – est décliné en huit à dix films. Ceci illustre d'ailleurs tout à fait le projet de l'Institut de l'image : orienter la curiosité du spectateur. Au fond, l'Institut agit comme une directive communautaire. La voie est étroite et le sens est imposé mais on a encore la liberté de serrer à droite ou à gauche ! Si le spectateur a décidé d'aller au cinéma et que c'est Stanley Kubrick qui est programmé, il faudra bien voir un film de Stanley Kubrick. Néanmoins, il ne sera pas obligé d'aller voir *Orange mécanique* !

Autre trait particulier de la programmation de l'Institut : la sélection inclut généralement des films très classiques et d'autres ayant eu un rayonnement moins important. C'est ainsi qu'à l'occasion d'une rétrospective de films d'Hitchcock (2008 et 2010), ont été présentés des films extrêmement célèbres comme *Fenêtre sur cours* (USA, 1950) ou *Psychose* (USA, 1960) et d'autres plus oubliés : *The Lodger*, un muet tourné en 1925, et le formidable *Une femme disparaît* (GB, 1938). Cette programmation est donc l'occasion pour le spectateur de découvrir des films sublimes que, par méconnaissance de l'Histoire du cinéma, il n'aurait peut-être pas vu de sa propre initiative : *La ronde* (M. Ophüls, Fr., 1950), *Une vie difficile* (D. Risi, It., 1961), *Soy cuba* (M. Kalatosov, Cuba/URSS, 1964), *La collectionneuse* (E. Rohmer, Fr., 1967), *Punishment Park* (P. Watkins, USA, 1970), *La messe est finie* (N. Moretti, It., 1985), d'autres encore…

Cependant, il faut reconnaître qu'à côté de ces chefs d'œuvre, sont présentés des films faussement géniaux – *The barber* (J. et E. Coen, USA, 2001) –, des films ratés – *La machine à remonter le temps* (G. Pal, USA, 1960) –, des films interminables – *Andreï Roublev* (A. Tarkovsky, URSS, 1967) –, des films ignobles – *Week-end* (J-L. Godard, Fr., 1967) –, des films inutiles – *L'esprit s'amuse* (D. Lean, GB, 1945)… En bref, des films qui peuvent éventuellement décevoir mais ne décevront pas ceux qui pensent que voir un mauvais film de temps à autres est la condition essentielle pour apprécier les bons films !

Dans cette histoire, les jeunes parents ne sont pas oubliés. Pour le cas où ceux-ci se désoleraient de voir leur progéniture s'abêtir devant des dessins animés idiots, ils pourraient les accompagner certains mercredis au *ciné des jeunes*, une programmation de cinéma conçue pour les enfants. Ainsi, en 2010-2011, étaient notamment proposés aux enfants, *Les aventures du prince Ahmed* (L. Reiniger, All., 1926), *Popeye et les mille et une nuits* (D. Fleischer, USA, 1936) *Le petit fugitif* (R. Ashley et M. Engel, USA, 1953), *Les contes de la mère poule* (F. Torabi et M. A. Sarkani, Iran, 2001) et *Toy story 3* (L. Unkrich, USA, 2010)… Autant de jolis films qui pourront même enchanter leurs parents ! •••

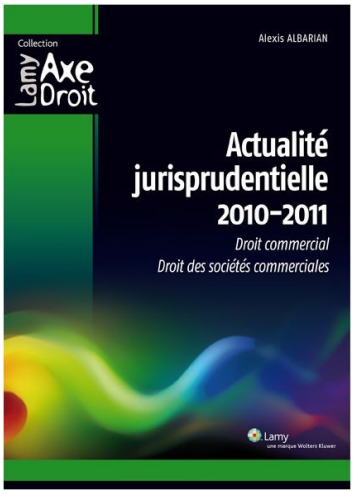
A venir :
Stanley Kubrick, 14 sept. au 4 oct. 2011
André S. Labarthe, 12 oct. au 1er nov. 2011
Festival image de ville: la rue, 11 au 15 nov.
Cinéma d'Egypte, nov. 2011
Audrey Hepburn, 14 au 23 déc. 2011

Tarifs :

Normal	6 €
Réduit	5 €
Moins de 10 ans	3 €
Fidélité	3 €
Carte fidélité	15 €

Programme :
www.institut-image.org

Actualités



Éditeur : Lamy
Collection : Axe Droit
Format : 14,8x21
ISBN : 978-2-7212-1373-0
Nb de pages : 432 p.
Parution : 09/2011
Prix : 45,00 €

ACTUALITE JURISPRUDENTIELLE 2010-2011

Droit commercial
Droit des sociétés commerciales

Alexis ALBARIAN

Présentation par l'éditeur

Puisque la vie du droit se trouve dans les décisions de justice, **l'étude de la jurisprudence** revêt une importance substantielle tant pour les théoriciens que pour les praticiens du droit. Par hypothèse, le droit des affaires ne déroge pas à ce principe. Partant, l'auteur du présent ouvrage a passé au crible l'ensemble **des arrêts de la Cour de cassation rendus entre avril 2010 et avril 2011** dans cette branche du droit afin d'en sélectionner et d'en analyser une centaine.
Cet ouvrage a donc vocation à constituer un véritable **recueil de jurisprudence** tendant à recenser, analyser et reproduire les extraits des décisions les plus marquantes ayant été rendues, sur une période d'une année, dans les principales disciplines relevant du droit des affaires : baux commerciaux, entreprises en difficultés, fonds de commerce, propriété industrielle (signes distinctifs, brevets d'inventions, dessins et modèles), sociétés commerciales. Cet ouvrage saisit ainsi les séquences jurisprudentielles les plus significatives sur une période d'une année de cette branche du droit en perpétuelle évolution qu'est le **droit des affaires** et constitue, à ce titre, un outil précieux à qui souhaite connaître les dernières tendances en ces matières pour le moins techniques et complexes. •••

A propos de l'auteur:
Docteur en droit
Chargé de cours à l'Université Toulouse 1 Capitole
(Master I International and European Law / Master II International Economic Law)
Membre du Centre de droit économique d'Aix-en-Provence (EA 900)

Actualités

Éditeur : Gualino
Collection : Carrés « Rouge »
ISBN : 978-2-297-01900-2
Nb de pages : 208 p.
Parution : 08/2011
Prix : 15,00 €

L'ESSENTIEL DES GRANDS ARRÊTS EN DROIT DES OBLIGATIONS

3e édition

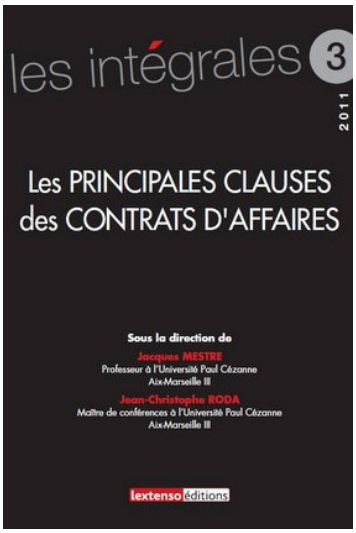
Frédéric BUY

Présentation par l'éditeur

Ce livre présente en 13 chapitres les Grands arrêts du Droit des obligations qu'il faut connaître. L'ouvrage suit le plan du cours et met en lumière les thèmes principaux de la matière : le contrat, les quasi-contrats, la responsabilité délictuelle, le régime général de l'obligation Chaque arrêt fait l'objet d'une fiche qui présente successivement les considérants ou attendus essentiels, les faits, la portée et un « Pour aller plus loin ». Cette présentation permet à l'étudiant d'accéder facilement à ces arrêts et d'en retenir le contenu. •••

A propos de l'auteur:
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université Clermont-Ferrand 1
Membre du Centre de droit économique d'Aix-en-Provence (EA 900)

Actualités


les intégrales 3
2011
Les PRINCIPALES CLAUSES des CONTRATS D'AFFAIRES
Sous la direction de
Jacques MESTRE
Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
Jean-Christophe RODA
Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
lextenso éditions

Éditeur : Lextenso éditions
Collection : Les intégrales
ISBN : 978-2-35971-020-5
Nb de pages : 1106 p.
Parution : 07/2011
Prix : 89,00 €

LES PRINCIPALES CLAUSES DES CONTRATS D'AFFAIRES

Collectif

J. MESTRE et J.-C. RODA

Présentation par l'éditeur

Du fait de la mondialisation, de la compétition juridique, des multiples crises et de leur traitement, les contrats d'affaires croissent et embellissent, nourris par l'inépuisable imagination des praticiens. Leurs clauses ne cessent de gagner en précision et en originalité.
Devant ce foisonnement renouvelé de liberté et ce professionnalisme toujours plus exigeant, une tâche d'inventaire et d'analyse s'imposait fort logiquement. Dans cet ouvrage, qui prend la forme d'un véritable dictionnaire de clauses, toutes les matières du droit des affaires sont abordées : droit boursier et financier, comptable, concurrence, consommation, distribution, sociétés, entreprises en difficulté, propriété intellectuelle, transport… L'analyse a été également internationale et comparative pour tenir compte des effets de la mondialisation et de l'influence de la pratique des grands cabinets internationaux. Cette ouverture vers l'extérieur participe de la richesse de l'ouvrage et fait de celui-ci un outil unique en son genre. L'ingénierie contractuelle est mise à l'honneur, un modèle rédactionnel étant proposé pour chaque clause.
Cet ouvrage est le fruit d'un important travail collectif réunissant plus d'une quarantaine de chercheurs, essentiellement issus du Centre de droit économique de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, sous la direction de Jacques Mestre, professeur à l'Université Paul Cézanne, et de Jean-Christophe Roda, maître de conférences à l'Université Paul Cézanne. •••

Ont participé à cet ouvrage :
Alexis ALBARIAN (Docteur en droit), Isabelle ARNAUD-GROSSI (Maître de conférences HDR), Hugo BARBIER (Agrégé des facultés de droit), Benjamin BARTHE (Doctorant), Caroline BERGER-LE CHANONY (Maître de conférences), Gérard BLANC (Professeur), Cyril BLOCH (Agrégé des facultés de droit), Marie-Agnès BORDONNEAU (Docteur en droit), David BOSCO (Agrégé des facultés de droit), Bastien BRIGNON (Maître de conférences), Nicolas BRONZO (Doctorant), Frédéric BUY (Agrégé des facultés de droit), Michel BUY (Professeur), Pierre-Dominique CERVETTI (ATER), Julien COUARD (Maître de conférences), Gilles DARMON (Maître de conférences), Vincent EGEA (Maître de conférences), Julien GASBAOUI (ATER), Julia HEINICH (ATER), Marie JEAN-PIERRE (ATER), Anne-Julie KERHUEL (Docteur en droit), Marie LAMOUREUX (Agrégée des facultés de droit), Peggy LARRIEU (Maître de conférences), Cédric LATIL (Doctorant), Arnaud LEANDRI (Clerc de Notaire), Chrystelle LECOEUR (Doctorante), Guy-Auguste LIKILLIMBA (Maître de conférences), Claude-Albéric MAETZ (Maître de conférences), Jean-Michel MARMAYOU (Maître de conférences HDR), Marie-Aude MARTINET (Doctorante), Bérangère MELIN-SOUCRAMANIEN (Maître de conférences), Laure MERLAND (Maître de conférences), Jacques MESTRE (Professeur), Denis MOURALIS (Agrégé des facultés de droit), Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE (Docteur en droit), Marie-Eve PANCRAZI (Professeur), Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET (Maître de conférences HDR), Didier PORACCHIA (Professeur), Gaylor RABU (Maître de conférences), Fabrice RIZZO (Professeur), Jean-Christophe RODA (Maître de conférences), Julie SOUHAMI (Maître de conférences), Sabrina SPANU (Allocataire-monitrice), Nancy TAGLIARINO-VIGNAL (Maître de conférences HDR), Violette TRONEL (Allocataire de recherche), Alexandra VERDOT (Docteur en droit) et Laura WEILLER (Maître de conférences). •••

UN NOUVEAU DIPLÔME D'UNIVERSITÉ À L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

Prévention judiciaire des difficultés des entreprises et restructurations

Sous la direction de Mme Nancy TAGLIARINO-VIGNAL

La rentrée universitaire 2011-2012 voit s'ouvrir un nouveau diplôme d'Université dont l'objectif est de compléter l'offre de formation de la faculté de droit et de science politique dans le domaine spécifique du droit des entreprises en difficulté. Ce DU se destine à offrir aux étudiants de nouvelles perspectives professionnelles, tant sur le terrain du conseil que sur celui du contentieux. La formation - d'une durée de 120 heures - est accompagnée d'un stage professionnel de trois mois. Souhaitons à cette première promotion ainsi qu'à l'équipe enseignante une bonne et riche année. •••

OBJECTIFS
Préparer à l'examen d'accès aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire.
Permettre aux professionnels en activité (mandataires de justice, avocats, collaborateurs, juristes d'entreprise ou de banque) de compléter leur formation.

SECTEURS D'ACTIVITE ET/OU TYPES D'EMPLOIS ACCESSIBLES PAR CE DIPLOME
Juriste d'entreprise ou de banque, examen d'accès aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur- d'avocat (sous réserve de remplir toutes les conditions d'accès). Le titulaire de ce diplôme déjà en activité pourra se prévaloir d'une compétence spécifique (services juridiques, avocats).

PUBLIC CONCERNE
Étudiant (formation initiale)
Adulte en reprise d'études (formation continue)
Temps partiel

CONDITIONS D'ADMISSION
Licence 3, Master, Baccalauréat + expérience professionnelle d'au minimum 4 ans dans le secteur juridique. Le candidat sera recruté sur dossier et entretien individuel.

COUT DE LA FORMATION*
Droits d'inscription : 83 €
Droits de formation : Formation Initiale : 600 € / Reprise d'études : 1000 € / Formation continue : 2000 €

EFFECTIF DE LA PROMOTION
Minimum : **16** Maximum : **35** Sans restriction

CONTACTS
- Responsable de la formation : **Mme N. TAGLIARINO-VIGNAL** (Maître de Conférences – HDR)
- Secrétariat de la formation : Mme Sylvie Roux Email : sylvie.roux@univ-cezanne.fr
- Tél : 04.42.17.25.60
- Espace Cassin 3 avenue Robert Schuman 13628 Aix-en-Provence Cedex 01

***** Ces informations sont communiquées sous réserve de modifications.

L'ACTUALISATION EN DROIT DES AFFAIRES

PROGRAMME D'ACTIVITES 2011*

Vendredi 21 octobre 2011 (14h – 18h) – Hôtel Royal Mirabeau

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Marie-Eve PANCRAZI, Professeur à l'Université Paul Cézanne

Vendredi 16 décembre 2011 (14h – 18h) – Hôtel Royal Mirabeau

DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Gaëtan DI MARINO, Professeur à l'Université Paul Cézanne, Avocat

Vendredi 6 janvier 2012 (14h – 18h) – Hôtel Royal Mirabeau

DROIT DES CONTRATS

Jacques MESTRE, Professeur à l'Université Paul Cézanne

Formations entrant dans le cadre des obligations résultant de l'art. 14-2 de la loi du 31.12.1971

Renseignements et inscriptions obligatoires auprès de :

Aurore BENEZET
Institut de Droit des Affaires
Faculté de Droit et de Science Politique
Université Paul Cézanne
Tél: 04-42-17-29-44 Fax: 04-42-17-29-50
Mail: aurore.benezet@univ-cezanne.fr

*** Ce programme est susceptible de modifications**

Bulletin d'adhésion
A l'Association des Anciens de l'I.D.A.

à renvoyer à l'I.D.A.
3 Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex
Tél : 04.42.17.29.44 – Fax : 04.42.17.29.51 - Mail : aurore.benezet@univ-cezanne.fr

M./Mme .....

Promotion :..... **Fonction** : .....

Adresse :.....

Code Postal :..... **Ville** :.....

☎ : ..... **Fax** : .....

Mail : .....

Cotisation annuelle :
Anciens étudiants (35 euros) / Etudiants en cours (5 euros).
Je joins un chèque de ..... à l'ordre de l'A.I.D.A.

COLLOQUE OHADA LE MARDI 11 OCTOBRE 2011
A LA FACULTE DE DROIT D'AIX-EN-PROVENCE

Les études de jurisprudence comparée constituent un art qu'ont en partage universitaires et praticiens du droit. Ainsi, à l'occasion du 10ème anniversaire des premières décisions rendues par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA), le Centre de Droit Economique (CDE, EA 900) de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence organise, en partenariat avec le Cabinet d'avocats Norton Rose, le Journal Africain de Droit des Affaires (JADA), le Club OHADA Provence et le Master of International business de l'Université Catholique de Lyon, un Colloque consacré à l'étude des convergences et divergences des jurisprudences dégagées par la CCJA et la Cour de cassation dans l'interprétation et l'application des droits des affaires français et de l'OHADA ; lesquels droits sont à maints égards proches dans leur formulation. •••

11 octobre 2001 - 11 octobre 2011
Dix ans de jurisprudence de l'OHADA.

Convergences et divergences entre la CCJA et la Cour de cassation

Programme de la journée :

9h30 : *Accueil des participants - Café*

10h-10h20 : *Propos introductifs*
Professeur Jacques MESTRE, Doyen honoraire de la Faculté de droit, Directeur du CDE
Maître Barthélemy COUSIN, Avocat associé - Cabinet Norton Rose

10h30-11h10 : *Thème 1 - Compétence et procédure*
« Contentieux juridictionnel », Armand Joseph MENDY, Doctorant CDE
« Contentieux arbitral », Achille NGWANZA, Directeur de publication du JADA

11h10-11h30 : *Thème 2 - Gouvernance d'entreprise*
« Direction et contrôle des sociétés », Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE, Docteur en droit, Chargé d'enseignement à l'Université Catholique de Lyon, Chercheur associé au CDE

11h30-11h55 : *Table ronde*

Déjeuner - Buffet - Patio

13h-13h20 : *Thème 3 - Aspects contractuels*
« Régimes des contrats spéciaux », Maître Amadou DIENG, Docteur en droit, Avocat au Barreau de Paris

13h20-13h55 : *Thème 4 - Traitement des créances*
« Voies de recouvrement », Jimmy KODO, Docteur en droit, Expert IDEF
« Procédures collectives », Christian GAMALEU, Doctorant CDE, Chargé d'enseignement à l'Université Paul Cézanne

13h55-14h20 : *Table ronde*

14h20-14h30 : *Synthèse, Professeur Thierry GRANIER, Université Paul Cézanne*

Coordination scientifique :

Louis-Daniel MUKA TSHIBENDE
Achille NGWANZA
Barthélemy COUSIN

Le nombre de places étant limité, veuillez vous inscrire auprès de :

Emmanuelle DE MAGISTRIS
Tél: 04-42-17-28-09 Fax: 04-42-17-28-63
Mail: emmanuelle.de-magistris@univ-cezanne.fr

Lieu :

Salle Ronde du CDE
Faculté de Droit et de Science Politique
Université Paul Cézanne
3 avenue Robert Schuman
13.628 Aix-en-Provence Cedex 01